

FACULDADE DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE LISBOA

Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais

ALINE CARDOSO DOS SANTOS

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRISE DE LEGITIMIDADE QUANTO
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NO BRASIL: DA EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**LISBOA
2015**

ALINE CARDOSO DOS SANTOS

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRISE DE LEGITIMIDADE QUANTO
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NO BRASIL: DA EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo como linha de pesquisa os aspectos jurídicos, políticos, sociais e culturais.

Orientador: Doutor Jorge Reis Novaes

**Lisboa
2015**

ALINE CARDOSO DOS SANTOS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRISE DE LEGITIMIDADE QUANTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NO BRASIL: DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

Esta Dissertação de Mestrado foi julgada e aprovada para obtenção do título de Mestrado em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Lisboa, _____ de _____ de 2015.

Professor: Doutor:

Coordenador

BANCA

Professor: Dr. Jorge Reis Novais

Orientador

Professor: Dr.

Coorientador

Professor: Dr.

Mediador

Professor: Dr.

Membro Externo

Santos, Aline Cardoso dos.

O Supremo Tribunal Federal e a Crise de Legitimidade quanto aos Direitos Fundamentais e Sociais no Brasil: Da efetividade dos Direitos Fundamentais no combate ao trabalho escravo / Alinde Cardoso dos Santos. – Recife, 2015.

207, f.

Dissertação de Mestrado (Direito Público) –

Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Dedico este estudo primeiramente a Deus, por existir e ter escalado este grau de conhecimento. Aos meus familiares, minha eterna gratidão, que vai além de meus sentimentos.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir uma etapa, é necessário agradecer àqueles que estiveram ao nosso lado, pois, sem apoio, nada somos.

Em especial a Deus, pela força e pela fé, que faz brotar dentro de cada um de nós, em cada momento das nossas vidas;

Aos meus familiares, em especial, meu pai Amaro e meu querido filho Marcel;

Aos amigos e a toda equipe da UNIVERSIDADE DE LISBOA;

Ao Professor Doutor orientador Doutor Jorge Reis Novais, pelo aceite, pela amizade e pelas conversas ocorridas no decorrer do curso; acima de tudo, pela confiança que sempre me passou, em suas palavras e atos;

Aos demais professores que fazem parte da equipe da UNIVERSIDADE DE LISBOA por aceitarem compor a banca examinadora;

Quero expressar agradecimentos (e espero não pecar por esquecimento) àqueles que estiveram ao meu lado continuamente.

“Aprende que com a mesma severidade com que julga, você será em algum momento condenado. Aprende que o tempo não é algo que possa voltar para trás. E você aprende que realmente pode suportar... que realmente é forte, e que pode ir muito mais longe depois de pensar que não se pode mais. E que realmente a vida tem valor e que você tem valor diante da vida”.

(William Shakespeare)

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado buscou trazer debate sobre o Supremo Tribunal Federal e a crise de legitimidade quanto aos Direitos Fundamentais e Sociais no Brasil, dando ênfase a questão da efetividade dos Direitos do Trabalho no contexto dos Direitos Fundamentais no combate ao trabalho escravo. A delimitação do tema está formada no âmbito do Direito Constitucional, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais, na esfera jurídica. A escravidão nos tempos atuais ou trabalho escravo é uma realidade que faz parte do contexto mundial, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho, onde se leva em consideração que o trabalho escravo atual fundamenta-se especialmente na exclusão social e na pobreza eminente das pessoas. A metodologia utilizada para construção deste estudo foi por meio de pesquisa bibliográfica, tendo como alicerce, livros, artigos, revistas, jurisprudências que abordam o referido tema. Os resultados encontrados, após um levantamento minucioso do material selecionado, é que a escravidão dos dias atuais insulta de maneira substancial os direitos trabalhistas, mas, especificamente, a dignidade da pessoa humana e a relevância social do trabalho. Valores esses que são essenciais em uma digna relação de emprego e, diante desta premissa, devem ser ressaltados não apenas pelas partes desse contrato, mas fiscalizada pelo Estado que tem o dever de punir o desrespeito e as transgressões que por acaso forem praticados. Dando ênfase nesse aspecto, a dissertação trata-se dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais e sociais do ser humano existente internacional e nacionalmente, evidenciando de que não falem instrumentos legais e aprovados para realizar a punição dos escravagistas atuais e de todos os que o auxiliam na efetivação de tão desprezível prática, como, além disso, traz sendas para os novos paradigmas que buscam na prevenção da escravidão e a reinserção do trabalhador no mercado de trabalho.

Palavras-chave: Teoria Geral dos Contratos. Direitos Fundamentais e Sociais. Supremo Tribunal Federal nos Direitos Fundamentais. Trabalho escravo no Brasil.

ABSTRACT

This Master's Dissertation sought to bring debate on the Supreme Court and the crisis of legitimacy as the Fundamental and Social Rights in Brazil, emphasizing the issue of the effectiveness of labor law in the context of fundamental rights in the fight against slave labor. The delimitation of the subject is formed under the Constitutional Law, Fundamental Rights and Social Rights in the legal sphere. Slavery in modern times or slave labor is a reality that is part of the global context, according to the International Labor Organization. Taking into consideration that the current slave labor is based especially on social exclusion and poverty eminent people. The methodology used to build this study was through literature, as a foundation, books, articles, magazines, case law addressing the said topic. The results, after a detailed survey of the selected material, is that the slavery of today insults substantially labor rights, but specifically to human dignity and social relevance of the work. Values which are essential for a decent employment relationship and on this premise should be highlighted not only by the parties to the agreement but supervised by the State has the duty to punish disrespect and transgressions that are committed by chance. Emphasizing this aspect, the dissertation these are the systems of protection of fundamental and social rights of the existing international human and nationally, showing that not lack legal instruments and approved to carry out the punishment of the current slave and all who help in the execution of such a despicable practice, as also brings paths for new paradigms seeking to prevent slavery and workers' reintegration into the labor market.

Keywords: General Theory of Contracts. Fundamental and Social Rights. Supreme Court on Fundamental Rights. Slave Labor in Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
1.1 Plano estrutural da Dissertação.....	17
1.2 Aspectos Metodológicos.....	18
 2 RELATO HISTÓRICO E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO	
2.1 A contextualização da evolução do Direito do Trabalho.....	20
2.2 Visão geral da diversificação e desregulação do Direito do Trabalho.....	28
2.2.1 Princípios basilares, gerais e específicos, que regem o direito do trabalho.	30
2.3 Premissas do Contrato de Trabalho.....	37
2.3.1 Contrato no Universo Jurídico.....	45
2.3.1.1 Validade do contrato enquanto negócio Jurídico.....	47
2.3.1.2 Fundamentos da proteção do empregado no âmbito jurídico.....	51
2.4 Doutrina do Contrato Social.....	68
 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB PARADIGMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS.....	74
3.1 O Direito na sociedade contemporânea.....	74
3.2 Direito Fundamental no universo jurídico do estado social.....	82
 4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	95
4.1 Fundamentos dos Direitos Sociais.....	95
4.2 Garantias dos Direitos Fundamentais como núcleo essencial.....	100
4.3 Poder Público na efetivação dos Direitos Sociais.....	103
4.3.1 Mínimo existencial.....	105
 5 A GLOBALIZAÇÃO, O NEOLIBERALISMO E OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS.....	113
5.1 O processo da globalização e os reflexos no âmbito social.....	113
5.2 Reflexos do Neoliberalismo e da Globalização no Direito do Trabalho.....	117

6 A INADEQUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS.....	122
6.1 Supremo Tribunal Federal: os desafios da aplicação dos direitos fundamentais e sociais versus os direitos políticos da justiça no Brasil.....	122
6.2 Funcionalidade legislativa no estado democrático de direito.....	136
7 O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL.....	145
7.1 O empregado e a empresa: direitos e deveres em desequilíbrio correlação..	145
7.2 Exemplos trabalhistas e os sujeitos de direito público interno e externo	150
7.3 A Efetividade dos Direitos Fundamentais no combate ao trabalho escravo...	158
7.4 A escravidão <i>versus</i> dignidade da pessoa humana.....	160
7.5 Sendas abertas aos novos paradigmas.....	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	198

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra uma nova ordem jurídica interna, destacando, significativamente, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana com a finalidade de unificar e avigorar o rol de direitos fundamentais que nela estão expressos. Reafirmando valores do Estado Liberal e do Estado Social, intenciona gerar mecanismos que proporcionem a democracia e a igualdade numa sociedade plural.

Neste contexto, uma das inovações mais expressivas do texto constitucional foi o ajuste de uma série de direitos, antes dispersos na ordem social e econômica, no Capítulo II do Título II da Carta Magna, os denominados direitos fundamentais sociais, comumente de caráter prestacional, são designados a garantir condições materiais básicas para o cidadão, promovendo, assim, a igualdade material. Tendo em vista que os direitos fundamentais que, na constituição liberal eram decodificados como direitos individuais, passando a ter respaldo no universo do direito fundamental social, assim, o foco desta Dissertação é verificar a questão da ilegitimidade do STF frente ao trabalho escravo, diante dos direitos sociais.

Diante disso, prestações materiais passam a ser conferidas aos poderes públicos, delimitadas pelo mandamento constitucional, sem a inquietação com as verdadeiras implicações econômicas.

Ressalta-se a justificativa desse estudo, ao fato decorrente de que o meio dos valores humanos sociais, aplicados na Constituição Federal de 1988, encontra-se fragilizado. Assim, inclui-se como premissa examinar a percepção analítica dos direitos fundamentais sociais, abrangida com os valores que foram apontados pelo Texto Constitucional, vislumbrando a efetividade da norma prescrita e de alguns mecanismos empregados para avaliar os direitos trabalhistas, sem descuidar dos preceitos da norma constitucional, internamente prescrita. Tendo assim, a contribuição para toda essa discussão para o cenário jurídico brasileiro e para a garantia dos direitos humanos universais.

No nível metodológico, além da leitura bibliográfica na doutrinação específica sobre o tema, será buscado o parecer a algumas decisões jurisprudenciais abalizadas por Tribunais Superiores, bem como a leitura de dispostos em diários e

na rede mundial (Internet), tudo devidamente mencionado no corpo do texto e nas referências bibliográficas.

No primeiro capítulo, foi constituído da introdução, apresentando as categorias e seus conceitos operacionais, como também o plano estrutural da presente Dissertação de Mestrado e os seus aspectos metodológicos.

No segundo capítulo, foram apresentados os fundamentos dos direito do trabalho, dando ênfase ao empregado e a empresa, mostrando que os direitos e deveres encontram-se em uma desequilibrada correlação.

No terceiro capítulo e quarto capítulo, foram abordados e priorizados sobre o Direito Fundamental, sob paradigmas jurídicos contemporâneos, a fundamentação teórica formal e material do tema com a fixação de conceitos concernentes ao âmbito do constitucionalismo contemporâneo, em especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Analisa-se, também, a terminologia adequada ao tema, os tipos de Estado e o seu reflexo nos direitos fundamentais sociais, assim como as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos básicos sociais e seu reflexo nos modelos de Estado, historicamente testados, e as normas programáticas.

Existem fatos em que a satisfação de um direito essencial de um cidadão pode interferir no direito de outro. Assim sendo, o conteúdo e a abrangência das normas de direitos fundamentais não poderão ser mensurados apenas a partir da probabilidade subjetiva do titular do direito, mas ajustados com a esfera jurídica real de todos os cidadãos.

De outra forma, não se pode amparar a superioridade do interesse público sobre o privado, separando-se a proteção do interesse individual. Será que, caso os direitos fundamentais sociais não estiverem sendo lembrados, como reais direitos subjetivos vinculantes aos poderes públicos, a realização das diretrizes sociais constitucionais será viável?

Em tempos atuais, a extensão relativa aos direitos fundamentais sociais tomam proporções específicas e de plena relevância na presente doutrina do direito constitucional. Procura-se o restabelecimento da comunicação entre o direito e a ética, completando-se o teor das regulamentações constitucionais a partir dos valores vigorantes na sociedade.

Continuando, no quarto capítulo, faz-se um estudo mais aprofundado sobre os direitos fundamentais sociais e dos institutos que os motivam. Busca-se explicar as garantias conferidas pela norma constitucional, ainda que de forma automática, como a garantia do mínimo existencial e a garantia do cerne essencial dos direitos fundamentais sociais.

Verifica-se, também, a observação do possível, uma vez que a Administração Pública passou a fazer uso dela com frequência, diante das exigências judiciais, mesmo sem ter a fixação do seu conteúdo. Na verdade, sob a alegação da “reserva do possível”, passou-se a validar a não-realização dos direitos fundamentais sociais, principalmente, na dimensão prestacional imposta ao Estado.

No quinto capítulo, será apresentado sobre a globalização, o neoliberalismo e os organismos internacionais. E no sexto capítulo, abordado a problemática da inadequação dos fundamentos do supremo tribunal federal e a proteção dos direitos fundamentais.

Insurge dessa análise a agudeza de que a garantia de condições mínimas para uma existência íntegra independe de uma previsão constitucional para então ser reconhecida, já que é decorrente da própria assistência à vida. No entanto, ainda que a definição de um mínimo existencial possa mudar, é possível distinguir que determinadas prestações materiais são avaliadas como fundamentais para a manutenção da vida humana com dignidade.

É preciso observar que a referência a um mínimo existencial não se mostre redutora da obtenção dos direitos, sobretudo, os sociais, por meio de parâmetros que permeiem o limiar da pobreza ou que sustentem a manutenção das desigualdades socioeconômicas, confrontando tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, que atribui liberdade e autonomia ao indivíduo, como o princípio da igualdade material.

Já a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, amparada no discernimento da ponderação e no princípio da proporcionalidade¹, compõe um

¹ Este princípio seria, para grande parte da doutrina, governado por três subprincípios ou conteúdos parciais, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p.752.

instrumento de realização desses direitos com objetivo a evitar a arbitrariedade do legislador e a corroborar com a supremacia da norma constitucional.

No sexto capítulo, foi apresentada a inadequação dos fundamentos do supremo tribunal federal e a proteção dos direitos fundamentais.

Diante dessas considerações, busca-se averiguar, por meio desse campo de estudo, a abrangência da hodierna dogmática constitucional, que confere a proteção da pessoa humana com particular atenção. Além disso, acredita-se estar contribuindo para o bom andamento das relações existenciais sob a exterioridade dos valores da sociedade, motivada nos princípios invariáveis do sistema jurídico, em especial no princípio da dignidade da pessoa humana, que compõe o principal fundamento da República Federativa do Brasil.

Finalizando com o sétimo capítulo, o qual abordou o tema central deste estudo, que é sobre o trabalho escravo no Brasil, intercalando com a crise do estado social no mundo globalizado e a sua busca para o desenvolvimento democrático de direito por meio da hipótese da reestruturação da relação de trabalho com sendas abertas aos novos paradigmas.

Foi erguido o litígio do trabalho escravo no apontamento do Direito Constitucional para a efetividade dos Direitos Fundamentais, na batalha contra o trabalho escravo.

A prática do trabalho escravo nas grandes cidades brasileiras é assustadora, sempre foi usada nos quatro pontos do globo terrestre no desdobramento da história, estando até mesmo ligado ao processo de controle do crescimento mercantil. No entanto, surgiram alguns contrários ao trabalho em condições paralelas a de escravo, que almejavam defender não somente o ser humano, mas também a dignidade da pessoa humana e a própria sociedade, em virtude do direito que constitucionalmente consideram os trabalhadores brasileiros.

A Carta Magna de 1988 atém-se em fazer sobressair a dignidade da pessoa humana por meio do trabalho digno. E o faz, apresentando como alicerce da Constituição, sendo um dos princípios básicos e estruturante da mesma, tendo estes status constitucional.

Contudo, a questão da prática desprezível de trabalho escravo, em condições análogas a de escravo nas grandes cidades urbanas brasileiras, ainda é um triste

fato; ainda que existam leis, tratados, jurisprudências e pensamentos doutrinários que combatem tais práticas, não há efetividade das normas e princípios, uma vez que ainda se descobre em grandes fábricas, indústrias e construção civil, a exploração de trabalhadores que vivem em condições humilhantes.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer configuração de trabalho escravo, desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Entretanto, a exploração da mão de obra escrava é uma realidade no Brasil.

Debate-se, então, a possibilidade de imputação de punições mais rigorosas para as empresas que contratam trabalhadores para prestação de serviços em condições similares a de escravo. Em tese, trata-se: é possível impedir o trabalho escravo no mercado brasileiro?

Diante do parâmetro apresentado, compõe-se como objeto geral deste trabalho, evidenciar a necessidade emergencial da aplicação de regras e medidas mais rigorosas, ante a realidade da prática do trabalho em condições análogas a de escravo nos grandes centros urbanos das cidades brasileiras.

É um tema utilizado no âmbito do Direito do Trabalho, todavia, com reflexos fundamentais do Direito Constitucional, considerando que o grande debate sobre o trabalho tropeça na liberdade e na dignidade da pessoa humana, que são fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição desempenha o importante papel de converter os valores proeminentes em uma comunidade histórica real, em normas jurídico-constitucionais, com todas as implicações e decorrências que esta normatização possa conter.

O trabalho, como valor social, foi e necessita ser resguardado como meio de se atingir a liberdade, dignidade e de sociabilizar o indivíduo diante a sociedade que pertence.

A Legislação Trabalhista também padece violação como direitos ao salário, férias, FGTS, carga horário de trabalho e condições íntegras de trabalho.

O presente tema é de soberana importância para a sociedade e em particular aos trabalhadores, por serem estes o principal artefato desta Dissertação de

Mestrado. Deste modo, o objetivo essencial deste estudo com aspectos jurídicos é analisar o Supremo Tribunal Federal e a crise da legitimidade quanto aos Direito do Trabalho e a Dignidade Humana, o Âmbito Social no Estado Democrático de Direito, destacando, sobremaneira, a necessidade do aproveitamento das normas trabalhistas à luz do Direito Constitucional no combate ao trabalho escravo.

1.1 Plano estrutural da Dissertação

A Dissertação está ampliada em sete capítulos: o primeiro, de aspecto nomeadamente cognitivo expositivo. O segundo trata dos pontos históricos e fundamentais do Direito do Trabalho, uma visão que permeia em uma visão evolutiva, entrando no aspecto de proteção do empregado no âmbito jurídico, finalizando com a doutrina do contrato no universo social. Prosseguindo-se, o terceiro de relevantes críticas aos Direitos Fundamentais sob paradigmas jurídicos contemporâneos, estendendo-se ao universo jurídico do estado social, finalizando com a sua relevância para a dignidade da pessoa humana. Seguindo com o quarto capítulo que traz a questão dos Direitos Fundamentais Sociais e suas tendências como um todo.

O quinto capítulo, que aborda a globalização, o neoliberalismo e os organismos internacionais e seus reflexos no Direito do Trabalho. Já o sexto capítulo, conceitua a inadequação dos fundamentos do Supremo Tribunal Federal na proteção dos Direitos Fundamentais, finalizando com Supremo Tribunal Federal de 1988 e a consciência dos deveres ou direitos políticos da justiça no Brasil. Fechando-se o sétimo capítulo, que trará a discussão proposta desta Dissertação de Mestrado, que é a problemática do trabalho escravo no Brasil, abordando a crise do Estado Social no mundo globalizado e, último, sob missão propositiva, disseminando bases para a reconstrução dogmática e axiológica da relação empregatícia e a efetividade dos Direitos Fundamentais no combate ao trabalho escravo. Finalizando este capítulo com proposta para a devida restauração da relação de emprego e deixando as sendas abertas aos novos paradigmas.

Melhor apontando, este estudo delineia um amplo cenário teórico, calcado em noções retiradas do Direito do trabalho e a teoria Geral dos Contratos, com ponto de

vista histórico para maior abrangência de sua evolução e estágio conceitual atual e observando a adaptação como negócio jurídico, à luz do Código Civil brasileiro.

O segundo mostra as diversas teorias da natureza da relação empregatícia, sejam as de cunho civil sejam as trabalhistas, confrontando-as com a predominante teoria da contratualidade à luz específica do Direito do Trabalho, com seus aspectos problemáticos estruturais.

Segue resultando primeiramente ao estudo da ideologia, sob a ótica de seu mérito nas várias searas da Ciência dos Direitos Fundamentais sob paradigmas jurídicos contemporâneos, passando à exata crítica da contratualidade no Direito do Trabalho feita, por pressuposição, a consideração da inexistência da razão e da vontade do contratante; estas atendendo à consciência e à liberdade, respectivamente.

O painel seguinte será norteado e destinado ao estudo propositivo em que, a partir da distinção da pessoa humana do empregado e da pessoa coletiva da empresa, é provável construir-se a relação empregatícia à luz de uma teoria personalista em cumprimento de sua incumbência histórica de regulamentar o trabalho humano na realização real dos seus altos valores pessoais e sociais.

Por fim, lançam-se conjecturas conclusivas relacionadas à natureza da relação empregatícia atual sob a invocação de novos padrões trabalhistas junto à inadequação dos fundamentais do Supremo Tribunal Federal e a proteção dos Direitos Fundamentais no rol do trabalho escravo no Brasil.

1.2 Aspectos Metodológicos

Melhor planejando, no nível da crítica ideológica, o estudo desdobrar-se-á em duas fases: Primordialmente, tratar-se-á de aclarar o sentido mesmo da ideologia atribuída, por hipótese, às proposições que asseguram o caráter contratual da relação de emprego. Na segunda fase, será atribuída à possibilidade de se acoplar esse sentido a tais hipóteses.

No plano da crítica técnico-científica, a teoria contratualista da relação de emprego será observada à luz dos desígnios da igualdade e da liberdade que

amparam a possibilidade de autorregulamentação, como aspectos essenciais e próprios dos negócios jurídicos dos quais o contrato é de natureza mais ilustre.

A trilha metodológica adotará um estudo interdisciplinar, com análise de conteúdos doutrinários jurídicos, sem esquecer as intercessões teóricas de ciências associadas ao Direito Constitucional como a História, a Filosofia, a Economia, a Política e a Sociologia no universo dos Direitos Fundamentais.

Designadamente, envereda-se pela vertente dogmático-teórica ao se sugerir contemplar e analisar a norma do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual se apoia a filiação do campo juslaboral à teoria contratualista da relação de emprego, trabalhando, pois, nesse componente interno do ordenamento jurídico. Mas não se restringirá o estudo às relações normativas de maneira apenas interna, pois, que interessará, além da eficiência, a eficácia dessa formulação normativa.

Os procedimentos atinentes ao método da pesquisa serão do tipo exploratório, a procurar os pretextos de toda ordem, ao qual conduziram a essa constituição dogmática; o descritivo, a analisar os vários aspectos do problema jurídico da contratualidade nas relações trabalhistas e, igualmente, o jurídico-prospectivo, no nível em que parte das condições concretas para estabelecer alicerces de um novo regime jurídico para as relações laborais, de forma a sugerir transformações legislativas e norteamento doutrinário e jurisprudencial.

O método de pesquisa a ser considerado é a de análise de conteúdo, apresentando por elemento a legislação, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas.

Quanto a sua natureza, foram estudados dados primários em pesquisa das leis e da jurisprudência, bem como dados secundários, amparados em pesquisas que abordam os assuntos da contratualidade e da relação de emprego no rol dos Direitos Fundamentais à tutela adequada e efetiva no Direito Constitucional no universo jurídico do estado social.

2 RELATO HISTÓRICO E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 A contextualização da evolução do Direito do Trabalho

O direito, seja qual for o ramo que se estude, é produto da evolução e cultura de um povo, sendo sua formação e transformação influenciadas por fatores diversos como sociais, políticos e econômicos.

É pertinente enfatizar que o Direito do trabalho constitui processos que são validados por princípios, institutos e normas que tem por objetivo estruturar e organizar uma vida em sociedade. No caso específico do Direito do Trabalho, o ponto central situa-se na relação de emprego.

De acordo com Frediani², seria inexequível estudar o desenvolvimento do Direito do Trabalho, sem que se faça uma análise, ainda que breve, retomando desde a Antiguidade até os dias atuais, a evolução do próprio trabalho.

De princípio, não se pode esquecer que desde a mais remota Antiguidade, ininterruptamente, existiram dois grupos: o dos que trabalham e o dos que se utilizam do trabalho desenvolvido³.

Durante o regime da escravidão, pouco havia a ser considerado, pois os escravos eram considerados coisas, podiam ser vendidos, trocados, doados; eram um objeto do qual seu proprietário poderia dispor livremente, tal como ocorria em Roma, na Grécia ou no Egito.

Desse modo, Frediani⁴ analisando a evolução da humanidade, quando esta passa do período da Antiguidade à Idade Média e da escravidão à servidão, observa-se sensível melhoria na situação do trabalhador. Assim sendo, o trabalhador na Antiguidade era pertencente ao seu proprietário e no período da Idade Média, ele passava para condição de prisioneiro da terra, razão pelo qual o aludido sistema foi reconhecidamente intitulado de Servidão à Gleba.

² FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.23.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem, p.24.

Passa a existir, depois, as corporações de ofício, por meio das quais começam a dar início os trabalhadores a se organizar por profissões. Para tanto, observa-se que cada corporação era representada por uma específica atividade profissional, onde os seus integrantes eram cominados a obedecer a seguinte hierarquia: mestres, companheiros e aprendizes⁵.

O mestre comandava a corporação, tendo por assistentes os companheiros que, por sua vez, norteavam e iniciavam os aprendizes no ofício ou na profissão. Posteriormente, surgem as manufaturas, regime pelo qual, por ato do Poder Público, era atribuída a determinadas corporações a exclusividade das mesmas realizarem atividades econômicas em certas regiões. Por conseguinte, para estas corporações, os trabalhadores que são por elas contratados recebiam remunerações, todavia, não existia nenhuma perspectiva de fazer qualquer tipo de contrato, uma vez que não era dado aos empregados o direito de discutir ou exigir as melhores condições de trabalho⁶.

Esta postura da não existência de um contrato de trabalho permaneceu até o surgimento da Revolução Industrial, que simboliza o início da Idade Moderna, tendo como alicerce a inclusão do trabalhador ao processo produtivo, tendo uma relação de subordinação ao seu empregador. E a partir deste período, começa a surgir a relação de emprego e que foi aperfeiçoando esta relação até os dias atuais, deixando claro que foi com a invenção da máquina que houve o processo de transformação na relação de emprego. Com efeito, a mudança no mundo da produção foi radical, em virtude da substituição da força humana pela força da máquina como fonte de energia⁷.

Entretanto, mesmo com o advento da produção industrial, os trabalhadores eram explorados por não terem limites de horário para trabalhar e a remuneração que recebia era insignificante para manter a sua sobrevivência com dignidade.

E esta postura só fez agravar todo o processo social, pois o trabalhador tinha uma sobrecarga no desenvolvimento do seu trabalho, e o salário que recebia, conforme mencionado, não dava para ter uma vida nos princípios de uma dignidade humana. Assim, tornou-se imprescindível a interferência do Estado a fim de garantir

⁵ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.24.

⁶ Ibidem, p.26.

⁷ Ibidem.

o equilíbrio entre as classes membros da sociedade como um todo, tendo por objetivo garantir ao trabalhador uma vida mais digna.

Tudo isso causava uma intenção exacerbada para minimizar a exploração ao trabalhador, tendo em seu contexto uma preocupação maior em relação às mulheres e crianças que eram alvos eminentes para a referida exploração. Tendo posteriormente, a fixação da jornada de trabalho, proteção que se estendeu aos salários e ampliou-se na forma como se encontra na atualidade⁸.

Segundo Frediani⁹, no decorrer de todo o momento da história da humanidade, antes do trabalho assalariado, existiram com total evidência três formas de trabalho: a servidão, a escravidão e as corporações de ofício.

Os indivíduos que faziam parte das camadas mais baixas das sociedades, ou seja, os menos favorecidos pelo sistema tinham seus senhores, denominados de servos, esses deviam obediência, estavam sujeitos e serviam incondicionalmente em todas as necessidades. Os trabalhadores que viviam em total escravidão e assim titulados como sendo os escravos, não se incluíam nas camadas das sociedades em que viviam. O processo de escravidão era tão desumano que os escravos não eram tratados como seres humanos, mas sim como animais que eram domesticados ou objetos que pertenciam aos seus donos e esses, por sua vez, tinham o poder da própria vida dos seus escravos; matavam ou açoitavam quando tinham vontade¹⁰.

Nesse contexto, o trabalho era visto como atividade abominável, desonrosa ou simplesmente aflição de culpa, cabendo o operário, por isso mesmo, sequer ser digno de pena. E, por fim, as Corporações de Ofício, que representavam os mestres, os companheiros e os aprendizes¹¹.

A obtenção à qualidade de mestre ficava limitada aos filhos ou pouquíssimos parentes dos próprios mestres já existentes, e também para companheiros que adquiriam experiência. Aos principiantes, custava caro o ensino, embora que lhes garantisse um bom futuro, como a ascensão ao cargo de companheiro.

⁸ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.26.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem, p.27.

No Direito Romano, o trabalho do empregado era realizado, dentre outras formas, pelo contrato “*locatio operarum*”, no âmbito do Direito Civil. Constituíam-se em um contrato, pelo qual a mão de obra do trabalhador ficava ao acondicionamento do contratante, mediante um preço. Com embasamento no Direito Romano, mais tarde é que passa a existir, no Direito do trabalho, a corrente contratualista, na relação individual do trabalho.

A Revolução Francesa, em 1789, marco inicial da sociedade moderna para toda a humanidade, acabou com a monarquia e estabeleceu a ascensão da burguesia ao poder. Nesse universo, passou a existir então, uma inovação na perspectiva para o mundo do trabalho, os seus protagonistas contraíam certo valor na sociedade, que passou a desestimular o ócio, a preguiça e a inércia¹².

Com a Revolução Francesa, as Corporações de Ofício passaram a ser extinta em razão de processos inadmitidos, por se rebaterem aos seus ideais de liberdade, tal qual a adoção dos castigos corporais infringidos aos aprendizes ou a extenuante carga de mais de 18 horas diárias de trabalho.

Os direitos civis e políticos começaram a ter espaço com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a partir da Revolução Francesa, constituído na propriedade privada e na liberdade, que se constituem nas palavras-chave do regime liberal clássico. O princípio da igualdade só passaria a se tornar mais estabelecido e constituído com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, baseados na justiça social, esta é palavra-chave do regime socialista¹³.

Porém, é unânime a ideia de que a revolução Industrial, pela chegada da máquina a vapor e o resultante processo de industrialização, começado na Inglaterra, deu procedência ao aparecimento e consolidação do Direito do trabalho.

Demandou os serviços de um amplo número de trabalhadores na indústria e culminou por causar a exterioridade de duas novas classes sociais: a dos capitalistas e a dos operários industriais. No poder dos últimos, estava centralizada a força do trabalho e dos primeiros estavam concentrados o maquinário e o lucro. Por consequente, a formulação desse lucro, enquanto categoria teórica, foi denominada mais valia, por Karl Marx, que exaustivamente a estudou. Incide a mais

¹² FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.27.

¹³ Ibidem.

adequada, na assimilação, pelo capitalista industrial, de um *quantum*, fora o salário pago pelo capitalista, que é próprio ao trabalhador, já esmagado pelo poderio do capital e suas configurações de reprodução¹⁴.

Pode-se dizer que é uma eficiente estrutura de espoliação do trabalhador e representa um risco para a sociedade, pela avassaladora força do capital acumulado por poucos capitalistas.

Esta ampliação do entendimento dos direitos fundamentais tem por base mudanças na teoria do Estado. Para a teoria do Estado do século XIX e do início do século XX, era corrente a ideia de que o particular, o cidadão com posses e com cultura era, como membro da sociedade civil, autossuficiente e autônomo. A sua liberdade era liberdade em face do Estado; a sociedade podia por si só cuidar dos seus próprios interesses econômicos e culturais e precisava do Estado apenas para a defesa contra perigos externos e internos: nas suas funções de exército, de polícia e de justiça. Esta concepção não correspondia à realidade já no século XIX e no início do século XX, nem era reconhecida universalmente. Caiu definitivamente em descrédito na sociedade contemporânea da guerra e do pós-guerra, tanto da Primeira como da Segunda Guerra Mundial¹⁵.

O Estado liberal clássico, não intervencionista, do famoso “*laissez faire, laissez passer, laissez aller*” já oferecia segurança ao princípio da liberdade¹⁶. No decorrer dessa época, com o aperfeiçoamento da máquina a vapor e o aceleração do processo de industrialização, proporcionavam-se intensas alterações na estrutura econômico-social. O que recomendava a economia clássica, concebida por Estado liberal, mostrava-se retrógrado.

Mais tarde, a evolução do Direito do Trabalho faz com que ele seja visto como um direito social, tornando-se como uma espécie de subdivisão dos direitos fundamentais de segunda geração, inserindo, dessa feita, os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, visando sempre uma vida digna para todos; sem discriminação, desigualdade, preconceito, por existirem atributos de cidadania.

Até o advento da Independência de Portugal e a promulgação da primeira Constituição brasileira em 1824, não havia cogitado se qualquer disposição relativa às relações de trabalho em face do regime até então adotado. Pois, somente a partir

¹⁴ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.27.

¹⁵ PIEROTH, Boro; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, Brochura, 2012, p.48.

¹⁶ Ibidem.

de 1888, com a promulgação da Lei Áurea, é que formalmente a escravidão foi abolida do ordenamento pátrio¹⁷.

Seguiram-se a Proclamação da República e a promulgação da primeira Constituição republicana em 1891, assegurando apenas a liberdade de trabalho, posto que nenhuma era experiente nesse sentido; considerando que a abolição do regime escravocrata era recente.

Com o princípio da industrialização em São Paulo e no Rio de Janeiro, bem como por força das influências provocadas pela imigração estrangeira (italianos, espanhóis, holandeses, franceses etc, que já conheciam um sistema de trabalho disciplinado pelo Estado), desenvolveu-se um movimento de trabalhadores, surgindo as primeiras leis de proteção, quanto ao trabalho do menor, concessão de férias aos ferroviários e, posteriormente, aposentadoria a mesma categoria¹⁸.

De acordo com Frediani¹⁹, foi no ano de 1907 que começou a surgirem os diplomas normativos e tanto a criação dos sindicatos como das cooperativas em prol do trabalhador, objetivando a proporcionar os seus direitos, tais como férias, pensões, restrição total para a não contratação de pessoas menores de 12 anos de idade e diferenciação aos trabalhos noturnos. Surgindo assim, uma relação ao trabalho e promovendo ao trabalhador os privilégios como direitos humanos e sociais.

Para Manus²⁰, a estabilização do Direito do Trabalho interessava o Estado brasileiro ampliar seu manto tutelar como maneira de justaposição e de aparente identidade para com aqueles segmentos de classe que lhe interessava conquistar, tomando, por eles, iniciativas e providências. Nesse prisma, em elaboração das normas jurídicas protecionistas, o Estado brasileiro apresenta-se imperativo e poderoso na proteção ao operário.

Portanto, a compilação de leis difundidas sobre o direito do trabalho no Brasil proporcionou a efetivação e consagração das Leis do Trabalho - CLT, Decreto-Lei

¹⁷ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.31.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, p.32.

²⁰ MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p.58.

5452 do executivo federal, de 1º de maio de 1943. Na acepção de alguns juristas e doutrinadores, este é o diploma legal mais difundido no país²¹.

Com embasamento na italiana Carta Del Lavoro, serviu-se ao primeiro governo do presidente Getúlio Vargas que, sem alicerce popular, no anseio de conquistar o trabalhador, a ele precipitou-se com a promulgação de normas protetivas, aumentando sua hipossuficiência²².

Contudo, essa promulgação das leis trabalhistas, o Brasil acabava com etapas de crescimento, impedindo-o que o povo tivesse o desenvolvimento da sua consciência crítica fundamentadas em suas próprias lutas, a partir de suas experiências de conquistas e/ou fracassos.

O processo como se organizou a justiça do trabalho do Brasil constituiu para sua unificação de concepção arbitrária, uma vez que lá centralizou a discussão e as decisões da seara trabalhista.

A constituição do termo de empregado passou a ser muito rígida, não conseguindo dar conta da realidade que era bem mais abrangente. Brasileiros que desenvolviam atividades laborais não abarcadas pela norma permaneceram desamparados.

O modelo adotado no Brasil impôs uma constante e permanente intervenção do Estado nas relações de trabalho. Tal interferência foi estendida as entidades sindicais e a solução dos litígios porventura surgidos, culminando na adoção do sistema de solução judicial²³.

No âmbito do direito sindical constituída com a instituição de sindicatos, a contribuição sindical obrigatória, bem como o sistema de unicidade sindical, pelo qual em cada categoria profissional poderia ser criado um único sindicato, em área geográfica nunca inferior a um município. Estas alternativas implicaram aspectos positivos, mas também em prejuízos para os trabalhadores brasileiros.

O que foi perceptível ao longo da história sindical brasileira foi na realidade insuficiente prática do debate ou discussão do trabalhador com o seu patronato, haja vista que já havia a Justiça do Trabalho que o protegia e defendia. Com isso, estava assegurado o espaço tanto para o sindicato como para a sindicalização na própria

²¹ MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. Direito do Trabalho. São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p.58.

²² Ibidem, p.59.

²³ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.24.

norma, todavia, os patrões, por vezes o governo, faziam uso de todas as formas e maneiras possíveis para prejudicar os trabalhadores que deles faziam parte. Acomodação por parte da maioria dos dirigentes sindicais, em virtude da garantia de contribuição mensal obrigatória, dirigentes sindicais sem postura ideológica clara, vendo-se obrigados a mascarar suas diferenças ideológicas internas pela figura da unicidade²⁴.

Foi no século XX que a estrutura do empregado surgiu, pois o emprego era mais caracteristicamente industrial. Assim também, surge a superproteção ao trabalhador por via da jurisdição do trabalho, com princípios assistencialistas, mas que abandona outros tipos de atividades laborais²⁵.

Pela leitura da norma, vê-se introduzido o princípio da proteção, bem como elimina automaticamente aqueles trabalhadores que estabeleçam seu trabalho de outra forma que não a de empregado, no rigoroso sentido de quem presta serviço subordinado, com habitualidade e onerosidade: passou a constituir o empregado como sendo toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (CLT, Art. 3º)²⁶.

De acordo com Frediani²⁷, para haver uma reestruturação na relação de trabalho, foi editada uma nova Carta Constitucional, da qual foi promulgada em 1988, movida para os ideais do constitucionalismo social e fundamental da pessoa humana.

Com procedimentos estabelecidos pelos agentes políticos, não foi de se estranhar que os trabalhadores os endeusassem embevecidos pela figura do operário hipossuficiente e o tão decantado princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil. Havia um governo que percebia e reconhecia que na realidade o trabalhador era a parte mais fraca e que estava ali para protegê-lo.

Compete enfatizar a proeminência de que, a nível particularizado, ou seja, a individualização do trabalhador há então de ter que ser considerada a parte mais fraca na relação de emprego, o que não se dá fundamentalmente ao nível coletivo.

²⁴ MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p.60.

²⁵ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.25.

²⁶ MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p.60.

²⁷ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.25.

O que se discute é a forma assistencialista de implantação da base protetiva, a qual por um lado revelou-se fator desmobilizador da classe laboral e, por outro, facilitador de cargos e votos para os políticos. Todavia, no entendimento de Frediani²⁸, é louvável e reconhecível a competência do governo brasileiro, sobretudo quanto do governo de Getúlio Vargas, que objetivou ganhar a aceitação do povo brasileiro para conquistar votos de trabalhadores e de seus familiares para garantir o seu retorno a Presidência por meio do voto popular.

Da análise do preâmbulo e do art. 1º da Lei Maior, constata-se a preocupação do legislador constitucional, com relação aos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, além do propósito de criar-se uma sociedade fraterna, livre de preconceitos e igualitária; onde fossem garantidos os direitos sociais na relação de trabalho, junto ao trabalhador, e promovendo, assim, garantia que se estendem até os dias atuais, tais como, aquisição do direito da multa do FGTS; redução da jornada diária de trabalho para 44 horas semanais; criação dos turnos ininterruptos de revezamento com jornada especial de 6 horas diárias; majoração do adicional de horas extras para 50%; introdução do terço constitucional sobre as férias; criação da licença-maternidade; entre outros de igual relevância²⁹.

Relativamente aos direitos de natureza coletiva, a nova Constituição não se afastou do sistema corporativista como deveria, eis que manteve a obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical e o enquadramento sindical por categoria ou profissão, mantendo, inclusive, a unicidade sindical. Entretanto, essenciais transformações foram instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que estabelece as competências da Justiça do Trabalho e que foi incluído ao sistema de negociação coletiva com a participação dos sindicatos.

2.2 Visão geral da diversificação e desregulação do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é o conjunto de normas de direito público e direito privado a que competem obedecer e regulamentar as relações jurídicas e a prestação de trabalho subordinado entre os sujeitos de direito: empregado e

²⁸ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.31.

²⁹ MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p.62.

empregador. Apresenta como elemento todo trabalho subordinado, onde o empregado é a categoria para sua existência, estando em relação ao empregador sob dependência e direção. Este objetivo, no entanto, é o de compensar as desigualdades socioeconômicas.

Estas contestações que existem entre os sujeitos de direito são o amparo à igualdade jurídica e, acima de tudo, às garantias aos interesses sociais e aos bens comuns³⁰.

Por outro lado, a evolução do Direito e seus segmentos, incluindo, aqui, principalmente, o Direito do Trabalho, revelaram que à medida que se aumentara a complexidade existente nas relações sociais, isto é, em consequência das especializações do conhecimento humano, iam surgindo novos ramos jurídicos para designar e identificar os objetos respectivos de cada ramo do direito, como se pode observar, tomando como exemplo a relação do Direito Sindical e do Direito das Relações Coletivas de Trabalho.

[...] podemos afirmar que o Direito do Trabalho é o ramo do conhecimento jurídico que estuda e disciplina as relações sociais que tenham por objeto o trabalho subordinado, notadamente, entre empregado e empregador, e outras que apresentem o mesmo objeto. Portanto, compõem nossa disciplina não só as normas jurídicas trabalhistas, mas também os fundamentos, os princípios, a evolução e os efeitos resultantes dessas relações³¹.

Firmar como princípio que os diversos ramos do direito se especificam pelo seu objeto e não pelos fins que possam ser atribuídos, deduzir o conceito partindo-se do seu objeto, das relações sociais que regula a diferença específica entre as diversas disciplinas³². Estabelece-se assim um conceito a partir do seu objeto. O Direito do Trabalho nasceu da ação dos trabalhadores pelo reconhecimento da dignidade do trabalho humano, das condições em que se necessita desenvolver e o que lhe satisfaz em termos de recompensa pelo esforço produtivo.

³⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr., 2006, p.91.

³¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 9 ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p.30.

³² DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr., 2006, p.91.

A desregulamentação, portanto, não se assemelha com a flexibilização das normas de proteção ao trabalho, porque protege a inexistência da maior parte dessas normas. E, lamentavelmente, cresce o contingente dos seus defensores numa proporcionalidade mundial de inegável reflexo da mídia³³.

Quanto à natureza jurídica do direito do trabalho, devem-se buscar institutos e igualmente identificar tanto a origem quanto a essência da coisa, pois, através do conhecimento da sua essência, pode-se chegar ao gênero de que a coisa estudada pertence. O estudo da natureza jurídica dos institutos no Direito sempre toma grande preocupação dos estudiosos, porquanto, apesar do ceticismo que às vezes causa esta preocupação dos operadores do Direito, é pela determinação da natureza jurídica que muitos problemas são solucionados³⁴.

2.2.1 Princípios basilares, gerais e específicos que regem o direito do trabalho

Todo direito encontra respaldo em princípios que o efetiva e norteia, e de acordo com eles deve cumprir. E não é diferente com o direito do trabalho, cuja finalidade precípua, intrínseca no fundo de toda norma trabalhista é de fato a Justiça social, entendida de maneira progressiva, com o intuito de acompanhar a evolução social. É como se a sociedade estivesse Injetando sempre novos elementos na norma, trazidos por fatos e ideias novos, fio curso da história.

Assim, torna-se importante observar a verdadeira finalidade da lei, que será aquela que a atualidade requer, e não a que orientou a sua criação, conforme contextualizado nos princípios abaixo:

a) Princípio da justiça social

É este o princípio por excelência que rege o Direito do Trabalho, pois envolve a ideia de avanço contínuo, de progressão da sociedade, com respectiva melhoria do desempenho intelectual, espiritual e físico dos seres humanos (FREDIANI, 2011).

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.54.

³⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 9 ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p.31.

E aqui é que voltamos ao ponto já tão firmado da equidade, haja vista que tal evolução presume igualdade mínima da renda familiar, de modo a diminuir o abismo das desigualdades sociais.

A Constituição Cidadã incorporou como princípio norteador da Nação o Desenvolvimento e, especialmente, o Progresso Social, Como se depreende do art. 3º II, do seu preâmbulo: é objetivo da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais³⁵.

E mais, observa o citado autor, professor e juiz do TRT da 22ª Região que: “desenvolvimento pressupõe progresso social e este se atinge por meio da Justiça Social, palavras tantas vezes escritas via CF, ex VI do art.193”³⁶.

b) Princípio tutelar

Esse Princípio Tutelar, que está inserido também dentro dos Princípios Genéricos, se encontra subdividido em três partes, a saber: o in dubio pro operário; a aplicação da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.

É norteadada por esse princípio, corri grande ênfase, a própria Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual é composta sobremaneira de leis de proteção ao trabalhador. A respeito dessa colocação, basta verificamos os extensos Títulos II e III da CLT que trazem Normas Gerais e Específicas de Tutela do Trabalho.

Então, tanto a Constituição Federal como a CLT, adotaram expressamente o princípio protetor, preocupando-se com a universalidade dos aspectos da proteção devida ao trabalhador, regularizando desde a jornada e anotação da CTPS, salários, férias e segurança e medicina do trabalho, até as questões relativas a cada profissão, as condições e locais de trabalho, dentre outros aspectos.

Observa-se que o fundamento basilar desse Princípio decorre do próprio art. 5º I, da CF, seguindo o qual todos, quer homens ou mulheres, são iguais perante a lei.

³⁵ LIMA, Taísa Maria Macena de. **Função Social e Principiologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003, p.33.

³⁶ LIMA, Francisco M. Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: Editora Ltr, 1994, p.22.

Com o avanço dos tempos, é necessário analisar o emprego do Princípio Protetor que requer "o conhecimento do momento corrente e das disposições sociais para o futuro, para que assim se proceda com prudência a fim de não comprometer a segurança jurídica"³⁷. O legislador não tem condições de minúcias de a ponto de não faltar nada; ele irá mostrar a possível solução e o aplicador da norma a completará, retirando do seu sentido, o que parece lhe faltar.

c) Princípio da autodeterminação coletiva

Ao falar da evolução através dos tempos que provoca mudanças de circunstâncias para aplicação das normas, é de se salientar que as mesmas não dependem exclusivamente da vontade do Estado, do Juiz ou do Legislador. O empregado e o empregador são partes atuantes, que se organizam em massa para se tornarem fortes e participativos. Daí extrai-se que a autonomia da vontade cede favor da coletividade, representada por uma entidade sindical, quer seja o sindicato patronal ou mesmo o sindicato dos trabalhadores.

Portanto, cabe aos sindicatos defenderem direitos individuais e coletivos da categoria que representam, denominando-se tal fato no âmbito trabalhista de uma espécie de substituição processual. É de notar-se que o sindicato tem mais prerrogativas e deveres que teria simples associação.

Enquanto a associação só representa os seus associados, o sindicato irá representar toda a categoria profissional, incidindo o imposto sindical sobre o salário de todos por determinação legal, onde todos os trabalhadores contribuem para o sindicato e são por ele representados. Nesse particular, salienta-se que o substituto processual, sindicato, age em nome próprio e representará, todavia, direitos alheios. É desnecessária em consequência à outorgada de mandato pelos Substituídos quando o sindicato demandar em Juízo o cumprimento de preceito legal, sentença normativa ou Convenção coletiva³⁸.

³⁷ LIMA, Taísa Maria Macena de. **Função Social e Principiologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003, p.34.

³⁸ Ibidem, p.35.

d) Princípio da equidade

O Princípio da Equidade não requer expressa permissão legal, esta Já existe de implícita, pois que é de bom senso que o direito o tenha em vista, além de outras situações que requeiram tal equidade.

O art. 8º da CLT determina à autoridade empregar a jurisprudência, a analogia e a equidade, na ausência de disposição legal ou contratual, e não estabelece hierarquia entre essas fontes secundárias, vai depender do caso. O certo é que a equidade como fonte do direito não tem muita acolhida no sistema positivo brasileiro. No tocante ao Direito do Trabalho, por destinar-se a solucionar questões eminentemente práticas das variadas formas de relações de trabalho, ele abriga a equidade com grande ênfase³⁹.

e) Princípio Específico de Direito do Trabalho: da condição mais benéfica ao trabalhador

Entende-se por esse princípio que, o empregado contratado sob a vigência de determinadas condições a ele asseguradas, não pode ser rebaixado à condição inferior.

Atentar para dois importantes fundamentos que suporiam essa regra: a modificação das normas trabalhistas não pode operar *in pejus* e o rebaixamento a determinadas condições fere o direito adquirido, constitucionalmente protegido. Assim, a alteração das condições de trabalho em uma empresa, com o que concordou a maioria não pode, em princípio, ser recusada por um empregado individualmente, porque resultou mais benéfica para o todo. Deve, pois, o interesse da maioria suplantar o interesse individual, aliás, como aceita a atual jurisprudência.

Assim, "implica a existência de uma situação concreta, antes estabelecida e determina que ela deva ser acatada, desde que seja mais partidária ao trabalhador que a nova norma aplicável"⁴⁰.

³⁹ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.47.

⁴⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 131.

Esse mesmo autor, em sua importante obra, diz que devemos observar algumas condições, as quais ensejam a aplicação da regra, isto é, dentre as tidas como mais benéficas temos as condições de trabalho em sentido amplo, abarcando também as que se concedem no trabalho realizado por conta alheio. Temos ainda que a relação de trabalho tenha surgido sob a égide da norma antiga, a qual conheceram os trabalhadores que pleiteiam pela regra da condição que lhes seja mais favorável, consolidando o status alcançado pelo trabalhador na empresa.

Assim, como consequência desse princípio, teria que o empresário ter que manter certas condições as quais resultam de situações mais vantajosas para o trabalhador, o que não se daria se fosse aplicada a nova legislação, vigente a partir desse momento⁴¹. Na prática, os efeitos benéficos de caráter transitório, são travados na própria legislação. Esse é um dos maiores cuidados que se tem que tomar ao estabelecer-se o que é mais benéfico para o trabalhador, com caráter de definitividade e não em virtude de desempenho interino de cargo ou de acontecimentos que ensejam uma sobrecarga momentânea de trabalho.

f) Princípio Específico de Direito do Trabalho: da norma mais favorável ao empregado

A simples proteção constitucional do trabalhador consagra o princípio da norma mais favorável, autorizando a aplicação da mais benéfica ao empregado, não importando se está em jogo uma norma de hierarquia inferior em detrimento da de hierarquia superior, e isso não afronta a hierarquização das normas⁴².

E como se define o que é mais adequado ao empregado, em presença da cláusula legal que diz que os interesses individuais ou coletivos esbarram no interesse social?

A questão é respondida por hierarquização dos interesses conflitantes, onde se têm que o interesse social vem em primeiro lugar, pois representa o de toda a sociedade, já o interesse coletivo alcançará toda a categoria profissional do trabalhador em dissídio e, por fim, é que vem o interesse individual. Então, a

⁴¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 131.

⁴² Ibidem.

resolução da norma mais partidária, fragmentará desse limite e se firmará em base objetiva e não com suporte no interesse do postulante.

g) Princípio da primazia da realidade

Neste princípio observa-se a busca da relação empregatícia, ou seja, da situação de fato, para que daí possa extrair o real contrato de trabalho. Neste contrato-realidade percebe-se que, segundo a Lei Trabalhista, era impraticável fraudá-lo; o que se pode camuflar é o contrato formal.

Assim, “o princípio em julgamento incide em que há caso de desacordo entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que advém no terreno dos fatos”⁴³.

É respeitável considerar a realidade que abrange o contrato de trabalho em sua execução. Por isso, se diz que o contrato de trabalho é de fato sucessivo na sua execução, porque ele vai-se cumprindo no curso do dia a dia, podendo até distanciar-se do pactuado inicialmente, haja vista ser essencialmente dinâmico.

A realidade opera-se sempre que os assentamentos não estejam de acordo com os fatos, tal como a qualificação do trabalhador, a natureza do serviço, o horário de trabalho etc., e também com relação a certos aspectos instrumentais, em que deve prevalecer o princípio da verdade real e não o da verdade formal⁴⁴.

É certo que, o contrato de trabalho é consensual quanto a sua formação, porém é mister dizer que quanto ao seu conteúdo, ele vai tomando forma diferente com o tempo. Ele vai se revelando não pela forma do pacto, mas pela conduta das partes contratantes.

h) Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Este princípio diz respeito “a não possibilidade de privar-se voluntariamente o trabalhador dos direitos concedidos pela legislação trabalhista”⁴⁵.

⁴³ LIMA, Francisco M. Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: Editora LTr, 1994, p.135

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ MÁRQUEZ, Hernainz apud RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª edição. São Paulo: editora LTr, 2000, p.141.

Urge saber que a renúncia é a mesma coisa que um ato voluntário onde a pessoa se desfaz da pretensão Juridicamente reconhecida a seu favor, sendo irrevogável o abandono, desde que nos limites do ordenamento Jurídico. Para o Direito do Trabalho, ninguém pode privar-se das vantagens concedidas em seu próprio interesse.

A maior justificativa desse princípio está no fato de que os direitos conferidos por lei ao trabalhador representam um mínimo necessário a sua sobrevivência com dignidade, de modo que a renúncia de parte de um mínimo equivale ao rebaixamento da condição do empregado para aquém da divisória crítica de suportabilidade⁴⁶.

Portanto, nos acordos judiciais, o magistrado deve procurar preservar os direitos incontroversos do trabalhador, onde sobre estes não há possibilidade de transigência, mas sim, pagamento e, a renúncia, se houver, se dará sobre o direito já reconhecido, incontroverso.

i) Princípio da boa-fé

Traduz-se na finalidade pura e simples isenta do dolo com que a pessoa desempenha o negócio ou executa o ato, certa de que está protegida pelas cláusulas legais.

A boa-fé concebe acima de tudo um princípio jurídico fundamental que norteia todas as relações privadas. Certamente, teve sua origem essencialmente ligada ao direito não escrito. O Sentido de boa-fé que realmente importa no âmbito do Direito do Trabalho é o que define com respeito mútuo entre as partes para o fiel cumprimento do pactuado, ou do que se vai pactuando ao longo do curso da execução do contrato.

Apesar de se tratar de um princípio jurídico geral, observado em todos os campos do Direito, também se opera com grande vigor no Direito do Trabalho, tendo em vista que inúmeros pactos trabalhistas são feitos de forma verbal e de maneira informal, às vezes Implícita, haja vista à baixa qualificação da mão de obra nacional,

⁴⁶ LIMA, Taísa Maria Macena de. **Função Social e Principiologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003, p.36.

que se sujeita a esse tipo de coisa sem nada poder fazer de concreto. Assim, a boa-fé opera no trabalho como substância moral asseguradora das relações jurídicas.

Não pode existir, por assim dizer, incoerência entre os princípios e os preceitos legais. Foi visto que o seu emprego como recurso interpretativo, a base de sua razão de se acolher as decisões da equidade, expõe norma mais favorável ao empregado, beneficia a interpretação extensiva ou restritiva que o caso requeira. A não observância dos princípios nos problemas laborais, por exemplo, tende a prejudicar sobremaneira o trabalhador e, por conseguinte, toda a sociedade.

2.3 Premissas do Contrato de Trabalho

Numa primeira análise do art. 442 da CLT, verifica-se que o conceito legal de contrato de trabalho abrange duas situações: celebração de forma expressa, quando as partes discutem e estipulam o conteúdo do contrato ou tácita, quando o comportamento das partes induz a conclusão de avença entre elas, mesmo que inexista um instrumento formal e expresso a indicar o ajuste.

Importante lembrar que, de conformidade com Frediani⁴⁷, que o contrato de trabalho não impõe nenhuma forma especial para a sua concretude, exceto no caso de aprendizagem, atleta, artista e temporário, modalidades que deprecam, de forma obrigatória, sua celebração por escrito.

Entretanto, conquanto não haja qualquer exigência legal nessa acepção, é aconselhável que o contrato de acordado por escrito, para que o empregador possa de fato corroborar que a avença se deu a título experimental, conforme direcionamento jurisprudencial⁴⁸.

Ainda em alusão à redação do dispositivo legal apontado, verifica-se que o legislador definiu o contrato de trabalho como o ajuste correspondente a relação de emprego. Portanto, considerou necessária a reunião dos requisitos insertos no art. 3º que define o empregado como a pessoa física que, mediante subordinação e remuneração, presta serviços habituais e pessoais a outra pessoa física ou jurídica.

⁴⁷ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.55.

⁴⁸ Ibidem.

Segundo Frediani⁴⁹, dentro da categoria dos contratos surgem:

- a) pacto individual: celebrado por apenas um trabalhador;
- b) contrato plúrimo: celebrado por vários trabalhadores, cuja prestação consiste em uma unidade, como é o caso de uma orquestra;
- c) contrato coletivo: celebrado pelos sujeitos coletivos, como sindicatos e empresas.

Quanto ao prazo de duração e segundo a dicção do art. 443 da CLT, os contratos podem ser celebrados, de acordo ainda com Frediani⁵⁰:

- a) por prazo determinado: aqueles ajustados com uma duração certa e prefixada no que se refere ao nascimento do pacto;
- b) indeterminado: aqueles que não têm termo final conhecido, porquanto é celebrado com a intenção de projetar-se no futuro.

Conforme a autora, a regra geral do ordenamento pátrio caminha no sentido de que os contratos por prazo determinado constituem exceção, enquanto os celebrados sem determinação de prazo constituem regra. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula n. 212 do TST atribui ao empregador o ônus da prova quanto ao despedimento em face do princípio da continuidade do contrato de trabalho.

Ademais, na perspectiva de Frediani⁵¹, os contratos por prazo determinado garantem um pequeno número de direitos que possam ser indenizados ao trabalhador, que os contratos por prazo certo, originando disso a aplicação do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

No que é pertinente aos efeitos da rescisão nos contratos por prazo determinado, verificam-se as seguintes hipóteses, de acordo com a autora Frediani⁵²:

⁴⁹ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.56.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

a) Extinção normal que ocorre pelo vencimento do prazo ajustado, sendo devido ao trabalhador o pagamento do 13º salário proporcional, férias proporcionais, acrescidas de um terço de salário e liberação do FGTS⁵³.

b) Extinção por dispensa antecipada pelo empregador, hipótese em que são devidos 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de um terço de salário, liberação do FGTS com 40% e indenização correspondente a 50% do que seria obtido até o termo final do contrato, diante da regra contida no art. 479 da CLT. Nesse caso, não há uniformidade de entendimento na doutrina, compreendendo-se que a multa do FGTS estaria substituindo a indenização prevista no dispositivo legal apontado. Entretanto, nessa mesma hipótese, o entendimento está cristalizado na Súmula n. 125 do TST⁵⁴.

c) Extinção por pedido de demissão antecipada ao prazo fixado acarretando o pagamento do 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de um terço de salário, podendo o trabalhador ser compelido a indenizar o empregador dos eventuais prejuízos sofridos pela rescisão antecipada, cuja indenização não poderá superar aquela que o trabalhador teria direito nas mesmas condições, diante da regra inserta 110 art. 480 da CLT⁵⁵.

d) Extinção por pedido de demissão ou dispensa em contratos que preveem a rescisão antecipada, caso em que, se exercida a rescisão antecipada por qualquer das partes, aplica-se a obrigatoriedade de aviso prévio por força do disposto no art. 481 da CLT, sendo devido aviso prévio, férias proporcionais acrescidas de um terço de salário, 13º salário proporcional e FGTS mais 40%.

Nos casos de interrupção com suspensão do contrato de trabalho, dois são os entendimentos quanto à contagem da fluência do prazo contratual, segundo Frediani⁵⁶:

a) extinção do contrato no termo prefixado, ainda que o trabalhador esteja afastado da prestação dos serviços;

⁵³ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.57.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem, p.58.

b) interrupção da contagem do prazo, em face da regra inserta no § 2º do art. 472 da CLT e retomada de sua fluência normal após o retorno do trabalhador à prestação dos serviços até o termo final fixado.

De ser enfatizado que ainda mesmo se optando pela primeira hipótese, a efetiva rescisão contratual só poderá ser concretizada após o retorno do trabalhador a prestação de serviços, já que é impossível a rescisão contratual durante a ocorrência das hipóteses de suspensão ou interrupção.

Regra geral, não são aplicáveis as garantias de emprego aos trabalhadores contratados por prazo certo, exceto quanto ao acidentado no trabalho, pois a própria prestação de serviços ocasionou seu afastamento das atividades normais, lembrando, a propósito, o preceito contido no inciso XXII do art. 7º da CF⁵⁷.

Resta esclarecer, segundo a autora, que o entendimento supra-apontado ainda não é majoritário nos tribunais, seja em relação aos contratos por prazo determinado, seja em relação ao contrato de experiência.

De maneira geral, os contratos por prazo determinado devem ser provados por escrito ou por meio das anotações específicas de CTPS e compete ao empregador tal ônus.

Por outro lado, no aspecto dos contratos por prazo indeterminado, são observadas as seguintes situações:

a) A indeterminação do prazo garante ao empregado vitimado por doença ou acidente de trabalho o afastamento de até quinze dias ou, após esse prazo, como hipóteses de suspensão ou interrupção do contrato, mantendo-se a integridade do contrato até que o trabalhador esteja apto para retornar as suas atividades normais⁵⁸.

b) De igual forma, o contrato do trabalhador não sofrerá qualquer solução de continuidade quando ele estiver enquadrado na condição de portador de garantia de emprego provisória em decorrência de ter sido eleito dirigente sindical, membro de CIPA, diretor de cooperativa ou encontrar-se na situação de acidentado do trabalho ou gestante⁵⁹.

⁵⁷ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.59.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

c) Além dos fatos expostos, a rescisão do contrato por prazo indeterminado imotivadamente gera ao trabalhador o recebimento das verbas rescisórias de praxe, a saber: aviso-prévio, férias acrescidas de um terço de salário, 13º salário, saldo salarial e FGTS mais multa de 40%, além das guias do seguro desemprego.

d) Em se tratando de dispensa por justa causa, o trabalhador receberá tão somente o saldo salarial e férias vencidas acrescidas de um terço de salário, se for o caso.

e) Na ocorrência de pedido de demissão formulado pelo empregado antes de completar 12 meses de serviço, receberá saldo salarial, 13º salário proporcional e férias proporcionais acrescidas de um terço de salário, de acordo com o entendimento cristalizado na Súmula n. 261 do TST. Lembrando que nessa hipótese, os depósitos do FGTS não serão movimentados pelo trabalhador que tampouco fará jus ao recebimento das guias do seguro desemprego⁶⁰.

f) Se a rescisão decorrer de falta grave patronal, também conhecida pela expressão rescisão indireta, as verbas devidas são idênticas àquelas devidas em face da dispensa imotivada.

g) No caso de extinção do estabelecimento, o trabalhador também receberá as verbas próprias da rescisão imotivada, já que os riscos da atividade empresarial correm por conta do empregador⁶¹.

Os contratos por prazo determinado na dicção dos §§ 1º e 2º do art. 443 podem ser celebrados nas seguintes hipóteses:

a) Serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo: situação em que a empresa pode socorrer-se da celebração de contratos por prazo certo, visando a substituir ou ampliar pessoal do seu quadro em situação transitória, como é o caso de substituição de empregado afastado, elevação de produção em períodos típicos (Natal, Páscoa etc), ou ainda para a realização de uma obra certa (pintura de residência, reformas etc). Cabe lembrar que a sucessividade de tais contratações implica descaracterização do prazo determinado⁶².

⁶⁰ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.60.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem, p.61.

b) Atividades empresariais de caráter transitório: nesta hipótese, e a própria atividade do empregador que tem caráter temporário, como é o caso de uma feira de calçados, agropecuária, circos etc.

C) Contrato de experiência: tem por finalidade a avaliação recíproca pelas partes das condições de trabalho.

Aos contratos por prazo determinado são aplicáveis, para Frediani⁶³:

a) Termo certo: ocorre quando a sua celebração já se conhece o momento de sua expiração, cuja hipótese típica ocorre nos contratos de experiência.

b) Termo incerto: ocorre quando sua incidência não tem data prefixada, pois depende de acontecimento superveniente, como é o caso da execução de serviços previamente ajustados ou realização de determinado acontecimento, sendo possível em tais hipóteses a utilização do termo certo.

Relativamente aos contratos por prazo certo, a lei fixa limites máximos para sua utilização, quais sejam: dois anos para os contratos por prazo determinado e noventa dias para os contratos de experiência.

Tais contratos podem ser objeto de prorrogação apenas uma vez, desde que o prazo da celebração inicial somado a prorrogação de seus limites máximos não sejam superados, sob pena de serem considerados contratos por prazo indeterminado.

De acordo ainda com Frediani⁶⁴, quanto à possibilidade de sucessividade de tais contratos, ou seja, celebração de novo contrato após o vencimento do inicial, impõe a regra contida no art. 452 da CLT que seja observado o interregno mínimo de seis meses, sob pena de considerar-se que a sucessividade foi ajustada sob prazo indeterminado.

É pertinente dizer que é necessário levar em consideração que a renovação do contrato por experiência que trabalha para a mesma função não se justifica, mas apenas para função diversa.

A doutrina apoia que as punições relacionam-se à atividade do empregado e por isso apenas a ela percebem, mas é manifesto o impreciso dessa afirmação.

⁶³ FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p.61.

⁶⁴ Ibidem.

Simplesmente, porque não há possibilidade de se descolar o comportamento dito faltoso da pessoa que a pratica, como se fosse algo categoricamente externo e distinto do ser que a realiza. Daí porque as penalidades impostas alcançam realmente a própria pessoa do empregado, inclusive nos aspectos mais reservados de sua individualidade.

Começando a comunidade jurídica a provocar para essa realidade, já se constata o crescimento do número de reclamações trabalhistas individuais tendo como artifício a indenização por danos morais, ao fundamento do mau uso ou o abuso na aplicação de tais penalidades pelo empregador, provocando a avaria aos direitos de personalidade do trabalhador.

Ainda resta desenvolver a consciência para identificar que essa perda, sob o título de exercício regular do poder disciplinar do empregador, no caso de demissões por justa causa ou mesmo no seu mero direito potestativo de proceder a dispensas injustificadas ou despóticas, pode vir a exceder a pessoa do empregado em sua relação reservada com a empresa, alcançando sua família, comprometida pela perda abrupta do emprego a causar dificuldades de toda ordem.

Esdrúxulo pensar-se em sede de contrato que apenas uma das partes tem a exclusividade de ponderar as infrações acaso perpetradas pela outra e aplicar-lhe punição. Aliás, nesse particular, sabe-se que, no campo da contratualidade em geral, apenas o Estado possui o monopólio de penitenciar *ex officio* sem correlativo direito da outra parte, como se depreende da Lei n. 8.666, de 21.06.1.993 (Lei de Licitações), em seu art. 58, inciso IV, de modo a estranhar-se semelhante poder característico dado ao empregador na relação empregatícia, afirmadamente de modo privado, ou seja, de maneira suposta existida entre iguais contratantes⁶⁵.

A ser assumida a natureza contratual da relação empregatícia, lógico seria, pelo menos com a *Lex Poetelia Papiria*, que as violações trabalhistas acaso perpetradas pelo empregado provocassem apenas consequências pecuniárias, nomeadas em seu valor ou calculadas no caso de dano confirmado, decorrente de fraude ou culpa do trabalhador, tudo exata e previamente estabelecido no contrato de trabalho⁶⁶.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atul. São Paulo: Saraiva, 2007, p.92.

⁶⁶ Ibidem.

E a esse direito do empregador precisaria corresponder o direito do empregado de também ser compensado de todos os danos materiais e imateriais, no caso de considerar infringido o contrato pelo empregador, abrindo o leque indenizatório hoje restrito ao simples direito de terminar a relação empregatícia, pelo caminho do pedido de rescisão indireta, o que só é por ele praticado com a prévia propositura de ação judicial e, na prática, em hipótese final, dada sua necessidade de continuar no emprego, sendo-lhe assegurado, em caso de êxito da demanda, tão somente o pagamento das verbas rescisórias.

Assim, o atual quadro doutrinário e jurisprudencial que aceita a invalidade da aplicação de multa punitiva não só revela o desnível entre as partes, mas, ao abonar a legalidade das punições pessoais, algumas ditas de “cunho pedagógico”, presta-se a exacerbar o poder hierárquico do empregador sobre o empregado, vinculando e realçando, por decorrência, o modo subordinante pessoal da relação empregatícia.

Sequer o traço personalíssimo do contrato empregatício aceita referendar esse posicionamento, certo que outros contratos que contêm tal característica nem por isso presumem execução sobre a pessoa do devedor, limitando-se a segurança da execução das obrigações ao seu patrimônio.

E essa conjuntura do Direito do Trabalho contemporâneo se manifesta ainda mais defasada, quando se sabe que a teoria geral dos acordos vive uma nova tendência, apoiada na ideia do Direito Civil constitucionalizado, superando, deste modo, a patrimonialidade e retomando o personalismo, mas sob uma aparência conceitual e valorativa sem precedentes.

Tal acontecimento, conhecido como “repersonalização do Direito Civil”, se erige sob a ótica da solidariedade constitucional. Nas palavras de Pereira, deparam-se seus traços marcantes:

O contrato é, notoriamente, as obrigações e outros fins contratuais, até mesmo aqueles respectivos à responsabilidade civil, decorrem a ser funcionalizados e acondicionados à realização de valores que se deparam na base do ordenamento jurídico, inclusive no fundamento da dignidade da pessoa humana e no objetivo da construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária⁶⁷.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III. Contratos.** Rio de Janeiro – RJ, Forense, 2011, p.14.

Vê-se, aqui, que o Direito do Trabalho não acompanha a evolução do Direito Civil, fracassando em sua missão social ainda maior que a dessa área e por isso mesmo cabendo-lhe se fazer precursor na conquista e afirmação em seu domínio normativo dos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Essa incoerência sistêmica ainda persiste diante da prevalência dos interesses do capital em relação ao trabalho. Aos capitalistas, postos na inclusão obrigacional comum como particulares semelhantes, proprietários buscam-se os valores constitucionais, já na relação empregatícia, polarizada entre o capitalista proprietário e o trabalhador não proprietário, desinteressa a afirmação desses valores constitucionais de equidade, liberdade e dignidade, adulterando a solidariedade social⁶⁸.

2.3.1 Contrato no Universo Jurídico

Faz-se necessário apresentar alguns conceitos doutrinários sobre o que vem a ser Contrato. Conceitos esses que se contornam imprescindíveis e necessários para esclarecimento a presente pesquisa.

Nas lições de Rizzardo, a conceituação para palavra Contrato é aquela instituída pela convergência de duas ou mais vontades, nesse sentido segue a concisa avaliação:

A ideia de um acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer constitui um ato jurídico, cujo objetivo visa criar, transformar ou eliminar um direito, ou seja, trata-se de uma convenção de vontades na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Sinteticamente, é um acordo de vontades com a intenção de produzir efeitos jurídicos⁶⁹.

Na concepção de Gagliano e Pamplona Filho, “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, restringidas pelos princípios da função social

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III.** Contratos. Rio de Janeiro – RJ, Forense, 2011, p.15.

⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos:** Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.8.

e da Boa-fé-objetiva, autodisciplina os efeitos patrimoniais que aspira alcançar, segundo a autonomia de vontades⁷⁰.”

A palavra Contrato está profundamente ligada ao acordo de vontade dos contratantes, com o objetivo de instituir, alterar e extinguir relações jurídicas. Nesse ajuste de ideia, destaca-se o posicionamento de Simão, que assim se explica:

Contrato é uma espécie do exemplar negócio jurídico, é uma manifestação de vontades que autorregulamenta o interesse patrimonial das partes e que deve ser cumprido por ela, sob pena de sanção. Versa-se de negócio jurídico bi ou plurilateral visto que, para a sua construção, cogente será a vontade de duas ou mais pessoas. Distingue dos negócios jurídicos unilaterais, pois naqueles há apenas uma vontade capaz de determinar os efeitos desejados. São exemplos de negócios jurídicos unilaterais o testamento e a promessa de recompensa⁷¹.

Nessa linha interpretativa da conceituação da declaração, Contrato é novo entendimento de Tartuce:

Um ato jurídico bilateral interligado por duas declarações de vontade, cujo escopo é a criação, a modificação ou inclusive a eliminação de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os Contratos são todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser designadas pelo acordo de vontades e também por outros fatores adicionais (TARTUCE, 2007, p.24).

Nesse mesmo assunto de conceituar, é de proeminente importância fazer o seguinte complementário:

O Contrato é um ato jurídico em sentido vasto, em que há o componente norteador da vontade humana que anseia um objetivo de cunho patrimonial que compõe um negócio jurídico por dignidade. Para existir o Contrato, seu objeto ou seu conteúdo devem ser lícitos, não podendo contradizer o ordenamento jurídico, a Boa-Fé, a sua função social e econômica e os bons costumes⁷².

De acordo com os conceitos citados antes, pode-se construir a ideia de que o Contrato é o acordo de vontades de duas ou mais partes de resolvida relação jurídica. E, com o passar do tempo, a evolução desse estabelecimento foi cada vez mais se afinando na vida em sociedade. Dessa maneira, desde que o homem conheceu a forma mercantil, o Contrato transpôs a ser instrumento imperativo na vida em sociedade.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11.

⁷¹ SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.39.

⁷² AZEVEDO, Vilhaça Álvaro. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.18.

2.3.1.1 Validade do contrato enquanto negócio Jurídico

Importante notar que, para a existência de um Contrato, é preciso verificar se o mesmo pode ser considerado verdadeiro. Para a validade do Contrato, o mesmo precisa acolher aos pressupostos da validade dos negócios jurídicos conforme art. 104 do Código Civil⁷³.

Art. 104. A validade do negócio jurídico exige: I - agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Os pressupostos da validade do Contrato nada mais são do que os próprios subsídios de sua existência. De fato, embora a sólida manifestação de vontade seja autossuficiente, neste caso, para distinguir a existência de um Contrato, sua validade está dependente a que esta vontade seja derivada de maneira livre e de boa-fé.

Nessa linha de raciocínio, é apropriada a colocação de Gomes, que enfatiza os pressupostos como condição sob as quais se desenvolvem e pode desenvolver-se o Contrato.

As conjecturas agrupam-se em três divisões, conforme digam respeito: 1º aos sujeitos, ou seja, as partes precisam ter disposição, 2º ao objeto, o objeto por sua vez, deve ser idôneo, 3º à situação dos sujeitos em relação ao objeto, os sujeitos devem ser legítimos para realizá-lo⁷⁴.

Nesta etapa, observa-se que os pressupostos devem estar presentes no andamento em que o Contrato se realiza ou obtém seu vigor. Observa-se nesse momento o posicionamento de Sampaio, acerca dos conceitos de cada classe dos pressupostos:

Capacidade das partes, todo negócio jurídico pressupõe agente capaz, isto é, pessoa hábil a realizá-lo. Bem por isso, não é válido o Contrato em que figura como parte menor atinente ou absolutamente incapaz se não assessorado ou representado respectivamente. O mesmo se diz quanto aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, bem como aos que, mesmo por causa efêmera, não poderão manifestar sua vontade. As regras da capacidade das partes aplicam-se indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais⁷⁵.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.19.

⁷⁴ Ibidem, p.20.

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.53.

Nesse aspecto, importante assinalar a capacidade da legitimação que, por sua vez, gera incompetência circunstancial para a prática de determinado ato que emana da posição em que a parte se encontra em relação a determinado objeto ou à determinada pessoa, cita-se como exemplo a impossibilidade do tutor de adquirir bens do tutelado⁷⁶.

Neste passo, a conceituação da categoria do intento, ou seja, idoneidade do objeto, Gomes garante que:

Idoneidade do objeto, o Contrato é acordo destinado a adequar interesses. Necessário, deste modo, que tenha objeto lícito e possível, bem como determinado ou determinável. Imperativo, ainda, a adequação do objeto ao fim visado pelos contratantes. A idoneidade do objeto pode ser eliminada por motivos técnicos ou razões de política legislativa e se apresenta em termos absolutos ou relativos⁷⁷.

A idoneidade do objeto é constituída, frequentemente, em termos absolutos, porém existem formas de idoneidade relativa. Porquanto, a impossibilidade concernente do objeto não é causa de nulidade do Contrato, uma vez que a capacidade do objeto é pressuposto de validade, a implicação de sua falta é a nulidade do Contrato.

Para finalizar, busca-se, além disso, a lição de Gomes, o qual conceitua a última camada da conjectura do Contrato a legitimidade:

Legitimação tende a ampliar-se para envolver casos nos quais não se apresenta como um dos aspectos da idoneidade do objeto, se percebido como simples posição de sujeito em relação ao objeto do Contrato. Assim, um Contrato notabilizado por alguém que não pode ter interesse na coisa que estabelece seu objeto é estipulado por parte ilegítima e, sob esse fundamento inválido, sem que seu objeto seja impraticável. A legitimação pode ser direta ou indireta. A legitimação direta, também chamada ordinária, estabelece-se na competência de toda pessoa apta para regular seus próprios interesses, dispondo de seus direitos e adquirindo obrigações. A legitimação indireta existe quando o ato é exercido por alguém nomeado nos poderes necessários a sua realização. A legitimação indireta configura-se através da representação e da autorização⁷⁸.

Como já dito antes, os Contratos como espécie do negócio jurídico, para se contornarem capazes de produzir efeitos nos negócios jurídicos, devem

⁷⁶ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.29.

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.53-54.

⁷⁸ Ibidem.

necessariamente completar os seus pressupostos de validade estabelecidos para os atos jurídicos de modo geral⁷⁹.

Entretanto, no universo do negócio jurídico, para causar efeito, tanto na sua modificação ou extinção de direitos no contrato da relação de trabalho, é preciso preencher certos requisitos, oferecidos como validade e eficácia do Contrato. Se o Contrato tiver os requisitos determinados para a sua validade, o mesmo é adequado e dele derivam os seus efeitos, especialmente aqueles que são ambicionados pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o negócio é inválido, não gera o efeito jurídico em questão e é inexistente ou anulável. necessitando assim, requisitos e preceito legal para o concurso de alguns elementos essenciais, para a sua legalidade⁸⁰. Nesse aspecto, será indispensável à apresentação de requisitos subjetivos, objetivos e formais, para que o Contrato seja correto.

Para destacar o requisito subjetivo, conta-se com a nobre juíza, Diniz, que, ao coordenar este requisito, destaca também suas generalidades, sejam elas: a) existência de declaração, ou melhor, de manifestação de duas ou mais pretensões e capacidade genérica dos contraentes; b) competência específica para contratar; c) concordância⁸¹.

O requisito individual está evidentemente unido à capacidade dos componentes. Os contratantes devem ser capazes de dar validade a sua vontade. Mas não se requer, tão somente, aquela disposição genérica que sofre as restrições juguladas nos art. 3º e 4º do Código Civil. Exige-se que nenhuma das partes seja portadora de incapacidade explícita para contratar. Com efeito, a lei coloca restrições à faculdade de contratar, ou de concluir um dado Contrato⁸².

No que tange as generalidades dos requisitos subjetivos, é de suprema importância enfatizar a capacidade genérica dos contraentes, que se proporciona da seguinte forma:

⁷⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.30.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro; Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3, p.111.

⁸¹ Ibidem.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.26.

Pode-se apreender que a capacidade genérica dos contratantes é a primeira ferramenta ou condição subjetiva de ordem geral para a legitimidade dos Contratos. Destarte, a capacidade instituída representa a capacidade de agir em geral, que pode inexistir em virtude da menoridade, da ausência do indispensável discernimento ou de razão transitória⁸³.

A capacidade específica para contratar, em algumas vezes, para celebrar determinados Contratos, requer-se uma capacidade específica, mais clara que a normal, como acontece na concessão, na transação, na alienação dispendiosa que demandam a capacidade ou poder de disposição das coisas ou dos direitos que são elemento do Contrato. A capacidade de contratar deve existir na ocasião da declaração de vontade do contratante⁸⁴.

O requisito de ordem especial, próprio dos Contratos, é o consentimento mútuo, ou seja, o acordo de pretensões. A concordância deve ser livre e natural, sob pena de ter a sua validade comprometida pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico, como sendo o erro, o engano e coerção⁸⁵.

Discutindo sobre requisitos da validade e eficácia do Contrato, destacar-se-ão os requisitos práticos. Entendem-se como requisitos práticos “aqueles que se referem ao objeto do Contrato que deve ser legal, possível, determinado ou determinável⁸⁶”.

Para isso, a validade do Contrato estar sujeito a sua licitude, possibilidade física ou jurídica do objeto e sua deliberação. Entende-se como legalidade do seu objeto, “o objeto que é lícito e que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes⁸⁷”.

No que concerne à probabilidade física ou jurídica do objeto, o mesmo precisa ser igualmente presumível, como avalia Gonçalves:

O objeto deve ser possível. Quando impossível, o negócio é nulo. A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Incoerência física é a que procede das leis física ou natural. Ocorre impossibilidade jurídica do objeto quando o ordenamento jurídico coíbe, categoricamente, negócios a respeito de determinado bem, como à herança de pessoa viva, de alguns bens fora do comércio, como os registrados com a cláusula de

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atul. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13-14.

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.56-57.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atul. São Paulo: Saraiva, 2007, p.14.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.31.

inalienabilidade. A ilicitude do objeto é mais vasta, pois envolve os contrários à moral e aos bons costumes⁸⁸.

E ainda se tratando dos requisitos objetivos da validade e vigor do Contrato, o objeto deve ser alinhado, ou seja, “o objeto do negócio jurídico deve ser determinado para que a obrigação do devedor tenha sobre que sobrevir⁸⁹”.

A terceira e derradeira condição de validade e eficácia do Contrato é o protocolar, ou seja, “é o modo que necessita serem as coisas, que é o meio de revelação da vontade. Precisa ser a prescrita ou não defesa em lei⁹⁰”.

Para complementar este assunto, ressalta-se que o Contrato estar sujeito a pré-requisitos, cuja inobservância conduz a sua ineficácia e que, o presente trabalho enfatiza os requisitos de validade e eficácia do Contrato, aos quais estão difundido em três grupos, e alguns com suas generalidades como citado acima.

2.3.1.2 Fundamentos da proteção do empregado no âmbito jurídico

Muito mais caro do que a julgada autonomia contratualista à legitimação das normas estatutárias, estatais ou convencionais, que apontam sobre as relações jurídicas de emprego, é o princípio cardeal da proteção do empregado diante da empresa propiciada e avalizada por essas mesmas normas.

Coelho questiona esse sacralizado princípio, sendo, para ele, de costume puramente retórico, proveniente justamente da:

elisão dos verdadeiros pretextos que animam o direito do trabalho, que é uma ordem de proteção, não do hipossuficiente, mas do sistema social que admite a existência de hipossuficientes, ordem cuja conservação é do interesse dos donos do poder econômico⁹¹.

O Direito do Trabalho, de fato, situa a disciplina da relação entre empregados e empresas, partindo da comprovação legitimista da hipossuficiência do empregado

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.16-17.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.27.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.17.

⁹¹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.537.

em relação à empresa. Ou seja, a partir da constatação de uma disparidade que repugna à consciência ética tal como historicamente composta.

Não o faz, contudo, a não serem através das leis determinadas pelos possuidores do poder político que, segundo a história, dá muitas evidências, anda de braços dados com o poder econômico, poder de quem segura os meios de produção e com o poder militar, poder assecuratório das leis em ensejo e, pois, da legislação do trabalho.

Assim, o Direito do Trabalho, que deve sua razão de ser à diferença, à existência de empregados hipossuficientes e empresas hiperssuficientes, passa a fazer jus à crítica de Coelho, na medida em que as leis não julgam de combater essa desigualdade, mas apenas de torná-la suportável a sua⁹².

Como diz Coelho⁹³, a legislação dá, sim, proteção ao “hipossuficiente porque ele convive com uma dura realidade, mas se deve protegê-lo sob a classe de que ele permaneça nesse estado de hipossuficiência, ainda que protegido pelas leis trabalhistas”.

Perverso contrassenso clama o autor a simples necessidade do direito do trabalho. Recomenda que o operário tenha direito a proteção das leis trabalhistas, mas deve permanecer operário, ou seja, de maneira injusta e irregular⁹⁴.

No contexto da subordinação consentida, ao estudar o poder, sempre como manifestação de força, Foucault distingue que é preciso resultar uma análise ascendente, ponderando as técnicas e táticas abraçadas, ou seja, como os organismos de poder foram e são arquitetados cada vez mais gerais e por formas de dominação global que se pluraliza até embaixo, como se ampliam e se decompõem⁹⁵.

Para ele, o poder pode ser analisado primeiramente de duas formas: explicitamente, pela guerra ou, de modo mais oculto, pela via jurídica: “Estes são dois desenhos de análise de poder⁹⁶.”

⁹² COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.538.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.180.

⁹⁶ Ibidem, p.181.

Como não poderia ser diferente, Foucault, ainda que sem utilizar expressamente o termo “ideologia”, acaba por atingir a questão da legitimidade do poder do direito e da coerção que dela decorre pelo meio do discurso, assim notando:

Assegurar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades centrais sugere, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente a função de rescindir o fato da dominação do poder para, em seu lugar, fazer surgir duas coisas: por um lado, os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legalística de obediência⁹⁷.

Outro ponto atingido por Foucault diz designadamente ao trabalho subordinado, na sua adaptação como presentemente se conhece nos conformes capitalistas, ou seja, como um novo e específico mecanismo de poder, cujo aparecimento para ele se verifica a partir dos sécs. XVII e XVIII, amparado.

Mais nos corpos e seus atos que nas terras e seus produtos, é um mecanismo que aceita extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente por meio da vigilância e não descontinuamente através de taxas e obrigações difundidas no tempo; que cuida mais de um sistema metódico de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Enfim, se apoia no princípio que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar concomitantemente o crescimento das forças dominadas e o acrescentamento da força e da eficácia de quem as contém⁹⁸.

E, com efeito, o desenvolvimento do tema da ideologia da subordinação admitida se coloca no limite dos estudos históricos sobre a evolução das relações de sujeição: a relação entre o senhor e o escravo, provocados pelos mais diferentes acontecimentos, como a guerra, a insolvência, a raça, circunstâncias estas e outras que esquivavam totalmente do anseio do escravo. Depois, a relação entre o senhor e o servo da gleba, provocada pelos domínios incondicionais dos senhores feudais sobre a propriedade fundiária e tudo o mais que a adornavam, inclusive as pessoas, situação que resistia também de qualquer ato de vontade dos servos. Atinge, enfim, nos dias atuais, na relação de emprego, suscitada pela declaração de vontade do empregado de se refrear à vontade do empregador mediante salário.

A indignificação da pessoa infligida pelos regimes escravagistas e senhoriais, submetendo os escravos e os servos à vontade dos senhores, é manifesta e

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.182.

⁹⁸ Ibidem, p.183.

incabível à luz da moral e do direito em vigor. Conquanto bem mais restrito do que a vontade dos senhores, o poder diretivo da empresa subordinante da atividade do empregado e pelo fato mesmo de ser subordinante, é novamente combativo à moral e ao direito ora vigente⁹⁹.

Contudo, no que alude ao contrato de emprego, a manifestação da vontade do empregado, no sentido de situar a relação de subordinação com a empresa, dissimula-se a indignificação da própria relação. Não há exemplo ideológico mais eloquente do que este, dirigido para corroborar moral e juridicamente a indignificante fixação do empregado à empresa, que se forma em favor do amparo formal de uma julgada vontade consciente e livre do empregado.

Embora a subordinação ao longo do tempo venha auferindo sempre novas aparências seguindo os interesses do capitalismo que dela se serve e o qual está sempre se adaptando como organismo vivo, os doutrinadores desde o séc. XIX prendem como nota distintiva constante da relação empregatícia a subordinação ou amarração. Atualmente, ainda contém o conceito de subordinação jurídica, mas a doutrina distingue que, de acordo com a história, foi tentada a adjetivação dessa vinculação por outras três formas: a técnica, a econômicas e a social, aqui resumidamente exibidas.

A subordinação técnica foi critério solicitado pela Sociedade de Estudos Legislativos da França, em 1905, tendendo à distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de empreitada. Por obediência técnica, entende-se o ligame suscitado pela condição do empregador de conduzir tecnicamente os trabalhos daqueles depositados sob suas ordens¹⁰⁰.

De acordo ainda com Foucault¹⁰¹, nessas condições, a subordinação técnica tem como condicionantes que haja “profissionalidade do empregador” e que as ordens dadas ao funcionário reprimam por parte de quem as enuncia um caráter de tecnicidade. A crítica feita a este discernimento é no sentido de que o empregador não deve ser especialista no ramo de sua atividade, de tal modo que é satisfatório que o empregador dê ordens, administre, lidere, mas do vasto ponto de vista jurídico e administrativo.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.183.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem, p.184.

A subordinação econômica, ocasionada, sobretudo, da doutrina alemã e também acolhida por certos juristas franceses, teve sua percepção protegida por Cuche em estudo por ele realizado em 1913. Sugere que aquele que provê o trabalho dele, tire o seu único ou principal meio de sustento, de modo que, o que aufera pelo seu trabalho não extrapole as suas necessidades e as de sua família¹⁰².

Em relação ao empregador, é preciso que o trabalho por ele recompensado submergisse integral e regularmente a atividade daquele que proporciona o trabalho, dele tomando todo o tempo, de tal forma que o funcionário não tenha precisão, nem possibilidade, de proporcionar os seus serviços a outros empregadores. Os trabalhadores nessa condição de vinculação encontram-se realmente “privados de liberdade econômica”, de modo que sem o serviço que lhes é provido e correspondente salário “ruiriam por força da miséria¹⁰³”.

As críticas feitas a esse discernimento são no sentido de que a dependência econômica é uma nota extrajurídica, pois genuinamente casual, além de que pode alguém não estar necessitado do seu salário para viver, por haver outros empregos e atividades e ser empregado de cada um dos seus prováveis patrões.

Moraes Filho acrescenta argumentos à crítica, assegurando que pode haver dependência econômica sem que advenha contrato de trabalho, como ocorre com um profissional liberal (médico, advogado, professor) que se dedica durante longo tempo, mesmo anos, a um só cliente, admitindo provisoriamente atender os demais, assim como pode haver contrato de trabalho sem que o empregado seja subordinado econômico de seu patrão¹⁰⁴.

De modo óbvio, ambas as suposições não compõem a regra geral, daí porque se última que, em tais condições de dependência econômica, provavelmente está-se diante de uma relação empregatícia de forma que, esse autor, vem garantir que se a dependência econômica não chega a ser uma nota distintiva, característica, do contrato de trabalho, dele é uma impressão sintomática.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.185.

¹⁰³ Ibidem, p.186.

¹⁰⁴ MORAES FILHO, *Apud* FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.186.

Segundo Foucault¹⁰⁵, já a subordinação social compõe doutrina desenvolvida por Savatier, em explanação a uma decisão de 1923 decorrida da Corte de Cassação. Tal se diferencia como uma resultante da subordinação econômica e jurídica. Para ele, uma pessoa é socialmente condicionada sempre que carecer para sua estabilidade do trabalho que lhe adéqua ao empregador, dos instrumentos que lhe apresenta, não trabalhando a seu risco, ou porque corresponde às ordens deste provável empregador do qual é juridicamente um preposto.

Por subordinação jurídica, entende-se como uma espécie de estado de sujeição do empregado perante o empregador, posição esta que não é meramente um estado de fato e sim de direito que se demonstra por meio da contratualidade existente entre as duas partes. É do oportuno contrato, do aperfeiçoamento do vínculo jurídico que entre elas se estabelece, que se origina este estado de sujeição.

A relação de trabalho marchou dos direitos reais, no direito romano, em que o trabalhador era um servo, uma coisa, para uma relação de senhoria, fundamentada nos direitos pessoais, em plena Idade Média, estabelecendo uma dúplici relação pessoal de lealdade entre o sujeito e o senhor, até chegar ao regime econômico moderno, depois da Revolução Francesa, prendendo-se o assalariado livre ao contrato de trabalho, às obrigações, ao direito de crédito¹⁰⁶.

Averbando a nomenclatura da contratualidade, os juristas que amparam a subordinação apostam desvirtuar uma ideia de exercício de liberdade na disposição da capacidade de trabalho, mas essa linguagem apenas escamoteia a realidade da coisificação da força de trabalho humano e do estado de sujeição que liga o empregado ao empregador.

Os mesmos juristas que combatem o contratualismo clássico, por adotarem o trabalho como coisas, advogam a ideia de que, em sua essência, a relação de emprego estabelece ao patrão a faculdade de dispor do trabalho do obreiro conforme seu talante, de acordo com as oportunidades da empresa e suas intenções, em meio a uma relação de poder diferente. Esta liberdade de emprego da força de trabalho, antonomásia do estado de condicionamento do trabalhador ao patrão, é descrita como um componente substancial da relação jurídica, cuja

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011, p.187.

¹⁰⁶ Ibidem.

essência é imperativa à materialização da figura jurídica. Sem interdição, a liberdade de dispor da habilidade de trabalho cedida mediante um contrato é a mesma liberdade de que dispõe o comprador, locador ou arrendatário de qualquer outra mercadoria. O que o discurso jurídico censura não é o ato de alienação em si mesmo e sua consequência, a sujeição do trabalhador a uma autoridade particular, mas na configuração como se descreve conceitualmente esta relação. O que ele peleja é a maneira de descrever o real e não sua natureza basicamente antidemocrática. Trata-se assim de completar os termos ou conceitos de conotação depreciativa por outros que, embora nomeiem a mesma realidade, reflitam aos ouvidos com maior inteligência¹⁰⁷.

Sob outro aspecto, a crítica da identidade entre o trabalho e o trabalhador poderia reportar-se à altercação que em Teoria Geral do Direito se faz acerca da natureza jurídica da obrigação, ou seja, qual a profundidade da relação creditória sobre a qual os tratadistas de direito civil há muito debatem.

Embora a maior parte da doutrina tenha complementado que a obrigação é um “direito do credor a uma conduta do devedor”, ou seja, a “um direito à prestação”, passa-se a observar as críticas contra a tese desenvolvida por Savigny, que analisou a obrigação como “poder do credor sobre a pessoa do devedor”, desse modo se aproximando do poder originado pela subordinação empregatícia¹⁰⁸.

Melhor esclarecendo, Savigny apreciava a obrigação como uma espécie de “propriedade” do credor, embora não sobre toda a pessoa do credor, mas sobre um dos seus atos, daí concluindo-se que por meio do vínculo obrigacional, o “ato devido” transita do campo da “liberdade” do devedor para o “campo” (real) da vontade do credor. Tal entendimento savigniano supostamente explica-se como uma reação que se propunha, segundo Varela, a nutrir o caráter pessoal do ligamento, em obstinação às teorias que aspiravam mexer no centro de gravidade da obrigação para o patrimônio do devedor¹⁰⁹.

Vê-se, pois, que no direito obrigacional, a valorização da vontade repulsa qualquer questionamento quanto ao domínio do credor diante do ato do devedor, carecendo restringir-se o direito do merecedor à prestação do devedor com a

¹⁰⁷ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.41.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem, p.42.

consequente coerção capaz de sobrepor, no caso de inadimplemento da prestação, tão somente as punições acaso previstas sobre seu patrimônio, jamais obtendo o domínio de sua personalidade.

Essa crítica presta-se a desamparar o aceite da doutrina trabalhista desse estado de sujeição que progride na pessoa do empregado devedor, pois há que se ver na subordinação a descrição característica que extingue a vontade, condição indeclinável do homem livre e símbolo de um novo estágio jurídico histórico que se quer abonar para a Humanidade.

Jamais satisfaz o julgamento ideológico da contratualidade da relação de emprego, objeto de estudo já realizado acima, posto que convida questionar ainda a integração das razões científicas ou técnicas que lhe enquadram de fundamento.

Apesar da proeminência de que a relação de emprego não procede, em geral, de um negócio jurídico em que as partes, em igualdade de condições (igualdade negocial), autorregulam seus próprios interesses de caráter patrimonial (liberdade negocial), ou seja, de um negócio jurídico contratual assim abrangido, teima a doutrina trabalhista praticamente uniforme em asseverar a origem contratual dessa relação, como aversão a despeito da inexistência ou da quase inexistência também de igualdade de condições (igualdade negocial) e poder de autorregulamentação (liberdade negocial) de ambas ou de uma das partes, a sustentar a natureza contratual de outras relações jurídicas, surgindo daí as inúmeras injúrias contratuais debatidas¹¹⁰.

Antes de entrar nas razões de ser dessa visivelmente irremovível obstinação, no que se cita à específica contratualidade da relação de emprego, passa-se a analisá-la a fim de que essas figuras que ensejam relações jurídicas refreadas ao regime jurídico desses outros ramos do Direito, no sentido de, conferindo a consistência dos assuntos que lhe dão suporte, verificarem a relação de sua inclusão no campo da relação de emprego.

Trata-se agora de explorar a crítica das razões pelas quais a doutrina, protegida por Andrade e aqui revelada, em meio à polêmica versada anteriormente,

¹¹⁰ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.42.

apoia a contratualidade do contrato administrativo, do contrato coletivo de trabalho, do contrato de adesão ou por adesão e do contrato-tipo¹¹¹.

Não é correto, quanto ao contrato administrativo, que as cláusulas descomedidas têm fundamento subjetivo, pois ajustadas as normas jurídicas; no direito objetivo. Por um lado, não se pode embaraçar a voluntariedade, linha característica e inafastável da contratualidade, com voluntarismo, que excede desproporcionalmente o papel da vontade na etiologia contratual. Por outro lado, a equidade e a liberdade negociam não ajustam tanto na consciência que se pode ou não ter, quanto nas categorias objetivas que cingem as declarações de vontade.

Incoerente também o contexto introduzido por Barassi, de que o esquema legal ressalva uma área ínfima para o ente privado, já que o fato da adesão demonstrará a vontade do contratante da Administração¹¹².

Com efeito, o processo da simples adesão cancela, por definição, o processo da igualdade e liberdade negocial, sendo assim conflitante com a autorregulamentação.

Ademais, chega a ser até mesmo irresponsável o argumento de que existiria no contrato administrativo uma degeneração da vontade contratual, ou seja, uma parte espontânea e outra de sujeição ao ente estatal, ou a livre adesão a um risco inventivo, até mesmo, de relativa sujeição, ou seja, a já tratada e contraditória liberdade da pessoa de abolir ou reduzir a própria liberdade, como se fosse direito renunciável.

No que se refere ao sustentado contrato coletivo de trabalho, nota-se que o contexto da representação legal, a sugerir que os empregados representados é que seriam os “verdadeiros contratantes”, é de modo óbvio exagerado se considerado à luz dos princípios da igualdade e liberdade negociais. É plausível, com efeito, que os menores, os afastados e os deficientes mentais sejam representados nas negociações contratuais por quem a lei estabelece, pois lhes falta realmente o poder de exprimir livremente a sua vontade, autorregulamentando seus interesses; mas não se pode apoiar a liberdade contratual de quem, apesar de tido esse poder, é

¹¹¹ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.42.

¹¹² Ibidem, p.43.

representado à força, a despeito ou contra a sua oportuna vontade legítima, de modo a negar-lhe a capacidade civil, a própria soberania, a sua dignidade.

Quanto ao contrato de adesão ou por adesão, a resposta à oposição dada por Andrade ao assunto da desigualdade das partes, ressentida a inocência já que, matematicamente raciocinando, é óbvio que não há e nem é possível averiguar a exata igualdade econômica entre os patrimônios das partes¹¹³. Ou seja, a objeção da desigualdade econômica, sendo ou não real, ferindo ou não de morte os contratos de adesão ou por adesão, só pode ser considerada realmente, na medida em que implica, para extinguir, a igualdade e a liberdade contratuais, seja no contrato de adesão seja em qualquer outro acordo a que se dê o nome de contrato.

Em contrapartida, a solução à contradição, ao separar a igualdade econômica das partes e recorrer para regular a igualdade jurídica, é tributária da ideológica percepção formalista do princípio da igualdade, se apresentado ainda transparentemente contraditória ao assegurar que não se destrói a igualdade jurídica mesmo quando a formulação das cláusulas seja produto unilateral.

Exige-se a uma das partes que, cabendo o poder econômico e/ou jurídico, definir as cláusulas contratuais e a outra não. O que se conclui é que não são iguais e nem econômica.

Ressalte-se ainda a invocação para contestar a objeção da lição de Giordano, de que ela se constitua em uma concepção individualista do contrato, quando este já se contornou, sob a influência das exigências da economia formada, um fato social, autorizando os peticionantes a antecipar um tipo ideal de contratante ao qual é ofertado um bloco de cláusulas, criando-se uma tipicidade, uma igualdade de comportamento da empresa diante de seus clientes ocasionais, capaz de tornar, em princípio, inúteis as alterações prévias e de garantir o favorável tratamento justo, porque impessoal¹¹⁴.

No entanto, tendo em vista que o contrato tornou-se um fato social e não apenas um fato individual, institui-se um contrato sem partes ou contratantes

¹¹³ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p.82.

¹¹⁴ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.43.

particulares, tornando-se uma espécie de contrato incontestavelmente incompreensível¹¹⁵.

Por outro lado, os argumentos da inutilidade das discussões precedentes e do tratamento justo, porque impessoal, têm com obviedade forte peso ideológico. Inúteis sempre serão as contendas prévias segundo o juízo de quem está em condições de fixar seus interesses, jamais segundo o juízo de quem sofre tais ordens.

Em matéria contratual, a impessoalidade cogita contra a natureza pessoal das relações contratuais. Se as obrigações não levam em conta as pessoas dos contratantes, não há como demonstrar que, através da abstração da pessoalidade se faz justiça às pessoas dos contratantes.

Enfim, o contrato tipo, que é antes *pactum* de modo *contrahendi*, uma vez que preestabelece teor para os contratos que cheguem a querer terminar, assemelha-se ao contrato de adesão ou por adesão, fazendo jus aos mesmos consertos que este, se originado de imposição unilateral a eliminar os princípios da igualdade e liberdade negociais¹¹⁶.

A respeito dos chamados “contratos de massa”, O contrato gerido não é um contrato no sentido pleno do termo.

(...) O contrato, como obra de homens soberanos, deve ter as suas cláusulas livremente determinadas pelos contratantes. Se é a lei que as motiva, desnatura-se o contrato e o conceito deixa de corresponder às exigências do real. Para operações novas, desconhecidas ao tempo da elaboração dos Códigos, cabe à doutrina elaborar noções apropriadas¹¹⁷.

De fato, o contrato de adesão, do qual é exemplo em geral o contrato empregatício, desvenda os riscos da igualdade e da liberdade apenas abstratas e, assim sendo, das condições irreais dos contratantes, caindo na vala equivocada da doutrina formalista, que desampara tudo que fala em benefício da vontade livre e da igualdade real entre as partes, únicos pilares a consentir que a deliberação efetivamente livre se dê sem a reserva de submissão das cláusulas elaboradas,

¹¹⁵ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.43.

¹¹⁶ Ibidem, p.45.

¹¹⁷ Ibidem, p.46.

unilateralmente, a delatar o sério e real desequilíbrio de energias entre os contratantes.

Esquecem-se os defensores da contratualidade na adesão que, na celebração de um contrato, há uma origem interna a explicar a direção da vontade do contratante que, se assim apenas assente, certamente o faz por alguma necessidade a lhe impor tal conduta, impedindo-o de se opor à estipulação rigorosa e inflexível. Quem inflige, acrescenta, põe sobre; quem se reprime se coloca abaixo; em outras palavras, quem impõe tem poder; quem se submete, necessita.

Sendo o ser humano e os fatos das coisas que são a estruturação da formulação da disciplina contratual por um só, e sempre o mesmo, contratos posteriores a que esse ordenamento se ressalva e constitui um meio para ditar uma regulamentação de interesses adequados a essa parte. Na verdade, a estipulação normalizada a que a outra parte se restringirá a concordar, ou seja, a empresa estipulante encontra-se, relativamente ao cliente particular, numa situação de força promissora à exploração, à lesão ou ao desfavorecimento deste¹¹⁸.

Qualquer que consista o caráter adotado, a autonomia da vontade recebe o golpe reducionista pelo contexto do que se pode chamar de dirigismo contratual, termo adotado aqui sob a dupla concepção, tanto no externo, caracterizado pela interferência do Estado, e o interno, pela dominação de atuação de uma das partes.

Ou seja, pelo dirigismo contratual, requerido através do intervencionismo estatal e concretizado nos contratos de adesão, se expõe a crise da liberdade contratual ou autonomia da vontade que decorre, antes e no fundo, da desigualdade das partes na ordem, sobretudo patrimonial ou na ordem do poder econômico de cada qual. Uma crise, pois, atrelada à matéria e não à forma contratual; ligada à liberdade que se desempenha na base da igualdade das partes.

Vale frisar que, se nos contratos civis de adesão a contratualidade é questionável pela massificação das cláusulas e da possibilidade de desigualdade entre as partes, a crítica ainda mais se enraíza quando se trata dos contratos empregatícios.

¹¹⁸ MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006, p.47.

A padronização de suas cláusulas só vem em benefício dos empregadores, reduzindo ainda mais qualquer possibilidade de negociação da parte dos empregados contratantes, aos quais só compete aceitar o emprego ou recusá-lo, dando lugar para o próximo candidato da fila, dentro de um contexto gerado pela lei da procura e oferta de empregos, que não incide nos contratos de massa de natureza civil, em que há contratos e consumidores em razoável correspondência. Há ainda que se avaliar a natureza do objeto desses dois modelos de contrato.

Nos contratos empregatícios, o objeto é o trabalho humano, ou ainda, o que se negocia é a própria vida operacional do trabalhador, o tempo que ele suporta a destinar para o empregador contratante, daí porque com maior razão tem direito de compartilhar do conteúdo das cláusulas que cominam em sua regulamentação. Tal contrato permitir-lhe-á a aquisição do salário necessário a seu sustento alimentar e a de seus dependentes, portanto, é-lhe indispensável à sobrevivência, diferentemente dos contratos de massa em geral que, embora necessários, não guardam essa particularidade de imprescindibilidade e premência tão subentendidas¹¹⁹.

Por esses argumentos disseminados é que se conclui que, com maior força, as críticas à contratualidade dos chamados contratos de massa que se exacerbam nos contratos empregatícios.

Sendo assim, pela censura feita às respostas de Andrade às objeções assacadas contra o regime contratual dos chamados contratos administrativos, contratos coletivos, contratos de adesão e contratos-tipo, procurou-se comprovar que não podem ser apreciados como negócios jurídicos e, deste modo, que não há como proteger a contratualidade desses formatos pela via de tais respostas¹²⁰.

Prossegue então a questão: por quais outras razões técnico-científicas, além das divulgadas acima e daquelas atreladas designadamente à ideologia da contratualidade, à clara inexistência ou da ínfima existência de equidade e liberdade negociais, eliminando todo ou quase todo o poder de autorregulamentação das partes ou de uma das partes, seja na negociação, seja na celebração, seja na efetivação, seja em todas ou algumas dessas etapas da vida de relação, insiste-se em conservar essas figuras contestáveis na instituição da contratualidade? Haveria

¹¹⁹ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p.83.

¹²⁰ Ibidem, p.84.

então uma sólida razão técnico-científica restante que pudesse ser veiculada para a afirmação da contratualidade da relação de emprego¹²¹?

A mais adequada resposta à inquirição parece situar-se no domínio da conceituação do contrato. Ou seja, para aceitar o que a legislação e a prática dizem ser contrato, ainda que em divergência com a ciência e a técnica do direito, a doutrina acabou recusando e adaptando seus conceitos às exigências daquelas forças, escusando-se da obrigação de alinhar-se até mesmo à evolução do próprio direito contratual, posto no atual Código Civil de 2002¹²².

Inventou-se então, ao lado dos contratos em sentido exato, a classe dos contratos em sentido aberto. Nesta última classe se adicionou todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades, enquanto que, na primeira classe, apenas o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais no campo patrimonial¹²³.

A extensão do conceito dos contratos, ressalta Theodoro Júnior, vem se formalizando por sua influência a outros segmentos de Direito Civil, que não o das obrigações, e a outros campos qualificados do Direito Civil, referindo-se o autor ao contrato real, familiar, sucessório, processual, de Direito Público, ainda que observado que “alguns destes não são¹²⁴”.

Para tanto, esta expansão da classe dos contratos em sentido amplo se atende às comodidades do exercício profissional e legislativo em detrimento da rigidez técnico-científico. Culmina por incluir na contratualidade categorias outras que não têm natureza negocial como, por exemplo, os acordos celebrados pela afluência de vontades no mesmo sentido determinado numa reunião de condôminos, ou numa assembleia societária ou mesmo numa sessão de tribunal¹²⁵.

Por outro prisma, do panorama da igualdade e liberdade negociais, decepcionante a definição da categoria dos contratos *stricto sensu*. Não seria aquela categoria dos acordos de vontades formados em bases negociais, ou negócios jurídicos, mas qualquer manifestação de vontades que determinasse efeitos obrigacionais no campo patrimonial, independentemente dos pré-requisitos da

¹²¹ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p.84.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.152.

¹²⁵ Ibidem.

igualdade e da liberdade de ambos os contratantes. Desloca-se, assim, das pessoas dos contratantes, a particularidade do negócio jurídico contratual, para transferi-la à aceitável materialidade patrimonial dos interesses em questão.

Diante da conceituação dual do contrato, traduz este outro recurso prático unido à questão negocial, que produz saliente rigor no que toca à exigência da natureza patrimonial da relação jurídica criada, transformada ou extinta por efeito dele, contentando-se com a vivência de simples ajuste para dar vida ao contrato.

Acordos de vontades puramente declarados independentemente de qualquer outra reivindicação ligada à igualdade ou à liberdade ajustam das pessoas dos contratantes. Reitera-se aqui também a patrimonialidade da relação em atropelamento de sua pessoalidade.

Assim, além das importantes razões ideológicas, a influenciar antes a legislação e a Técnica do que a Ciência e a Ética, antes a legislação do trabalho dependente e a dogmática dos relacionados tecnicismos jurídicos, do que a pesquisa persistente a ideologias e orientações políticas, observa-se a adequação da doutrina da contratualidade que, ao elastecer o domínio próprio de sua abrangência e desfocar a contratualidade do campo da personalidade para o campo da patrimonialidade, acabam por alterar o contrato, desnaturando-lhe os valores que atribuem sentido maior a sua função particular, que são os valores da individualidade, da igualdade e liberdade negociais¹²⁶.

Ora, tais valores não parecem realizáveis ou são duramente realizáveis na relação entre pessoas em que prevalece o sentido da patrimonialidade, em que são irrelevantes a liberdade e a igualdade negociais, ou seja, em relações jurídicas despersonalizadas, como são as desencadeadas pelas figuras contratuais acima explicadas e, como se comprovará, com maior detalhamento, pela contratualidade da relação de emprego, em nível mais avançado no processo de despersonalização¹²⁷.

As “cláusulas exorbitantes” que, nos contratos administrativos extinguem a contrapartida das vontades dos contratantes, tanto na comemoração quanto na

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.153.

¹²⁷ Ibidem.

etapa de execução do contrato, justificando a supremacia do Estado, argumentam-se pela natureza dos negócios em jogo, optando assim pelos públicos aos privados.

Nos contratos empregatícios, verifica-se igualmente a superioridade da empresa em relação ao empregado, não em benefício da existência expressa de cláusulas exageradas, mas de sua efetiva presença, tanto na etapa da celebração do contrato quanto na fase de sua execução.

Com efeito, o que se constata, em regra, é que o empregado anui à relação de emprego por necessidade alimentar e, a empresa, por liberdade de escolher o trabalhador e interesse de expansão de sua atividade econômica, sendo que, na dinâmica dessa relação, predomina a estrita submissão do empregado em face do amplo poder diretivo da empresa. Falar-se que a empresa também precisa do empregado é esconder a realidade da lei da oferta e da procura. O exército de restrição de trabalhadores desproporcionaliza completamente a necessidade do trabalho para a empresa em relação à necessidade do salário para o empregado¹²⁸.

Vê-se, então, que a supremacia do Estado na analogia com o judiciário transfere-se, no campo da atividade econômica privada, a supremacia da empresa na relação com o empregado. Período em que se formam o público e o privado, a política e a economia aqui também caminhando de braços dados.

Nesse contexto, tanto quanto nos contratos administrativos, a supremacia da empresa em relação ao empregado, conferida àquela e tributada a este, têm fundamento no direito objetivo e, tenha ou não o empregado a consciência dessa relação desigual, a ela se refreia não porque a quer assim mesmo, mas porque, em circunstância de necessidade, não tem elementos para evitá-la, repeli-la ou equiparar-se.

A afirmação da contratualidade dos contratos coletivos de trabalho, formada no argumento de que a manifestação da vontade dos empregados sindicalizados ou não, está juridicamente satisfatória através do instrumento da representação legal, é visivelmente sofisticada, uma vez que só por ficção se pode aceitar a voluntariedade de uma contratação para cujo fim o empregado pode não ter colaborado, não aderido e mesmo se contrário ao conteúdo do que se tiver estipulado. Nasceria

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.153.

assim a figura exótica e desvairada de um contrato celebrado por um empregado contra a pretensão desse mesmo empregado. Ocasão em que se comina a heterorregulamentação via sindical, eliminando logicamente a autorregulamentação via negocial¹²⁹.

Tal situação em que a verdadeira vontade do empregado seria trocada legalmente pela real vontade da instituição sindical, manda à ficção da substituição da real vontade dos contratantes pela real vontade do legislador, conformada mediante a extravagância das normas de direito público que eliminam igualmente a voluntariedade na autorregulamentação dos interesses individuais dos contratantes. Etapa do qual se determina a heterorregulamentação via estatal, igualmente se excluindo então a autorregulamentação via negocial.

A desigualdade que deforma a contratualidade da relação de emprego, tanto quanto a contratualidade dos contratos de adesão ou por adesão, entre os quais se podem ornar os contratos-tipo, não é de modo óbvio ou econômica nem a jurídica, mas é a diferença negocial que pode ou não se estabelecer, embora comumente o seja, de maneira especial nas relações entre empregado e empresa, na desproporcionada diferença econômica. Contestação negocial que exclui de um dos contratantes a liberdade para originar o que contratar com quem, onde e quando, dados que ficam ao sabor dos interesses do outro contratante¹³⁰.

O argumento da igualdade jurídica na procedência e no desdobrado da relação de emprego é igualmente superficial.

Como já é notório, essa tal equidade é mais teórica do que legítima. Ademais, a igualdade jurídica, definida como igualdade diante da lei, o que se explica pela proposição de que a lei é uma só para todos, *in casu* uma só tanto para o empregado quanto para a empresa, não elimina, nesse domínio da regulamentação das relações de emprego, a disparidade negocial¹³¹.

Ao contrário, oculta-a, uma vez que essa lei do trabalho submisso, que é uma só, não confere nem garante ao empregado e à empresa o mesmo poder e a

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.154.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p.87.

mesma liberdade, no que diz respeito à estipulação das condições do trabalho, ao seu cumprimento, ao controle e distribuição de seus resultados.

Finalmente, dizer que o contrato empregatício, da mesma maneira que o contrato de adesão deixou de ser um caso individual para se tornar um fato social, é óbvio decretar a morte daquele que, para ser decidido à moda de todo contrato, como negócio jurídico contratual, estará sujeito sempre da presença das pessoas contratantes e da revelação de suas vontades individuais.

Assim, a argumentação referenciada a Giordano, longe de amparar a contratualidade dos contratos de adesão ou por adesão e, analogamente, à contratualidade da relação de emprego, transportam a sua negação¹³².

Por fim, espantoso observar até que ponto chegou a lambança ou a apatia da Ciência e da Técnica jurídicas que persistem em classificar no domínio da contratualidade os chamados “contratos coativos” e “contratos necessários”. Se é o que incide em relação a tais figuras, em tudo prescindidas do mínimo que se pode esperar da distinção de um negócio jurídico contratual, não se estranha que, no domínio das relações de emprego, em que o déficit negocial quem sabe não chegue a tais fins, continue a legislação, a jurisprudência, a Ciência e a Técnica jurídica, a classificarem-nas também no campo da contratualidade.

Conclui-se que, os fracos argumentos formadores da contratualidade dos chamados contratos administrativos, contratos coletivos, contratos de adesão ou por adesão e contratos do tipo que prejudicam a fundamentação da contratualidade da relação de emprego a qual, semelhantemente às relações ocasionadas daqueles “contratos”, não têm alicerce nos pressupostos da igualdade e liberdade negociais.

2.4 Doutrina do Contrato Social

A construção da doutrina do Contrato Social revela-se fase marcante no avanço histórico do elemento vontade na constituição de direitos e obrigações, daí porque merece apreciação em seus aspectos mais significativos nessa área de interesse. Apesar de que o princípio da eficácia obrigatória dos contratos está profundamente em sobreposição com a aplicação do princípio consensualista.

¹³² ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p.87.

Enquanto a escola positivista juramenta o fundamento da obrigatoriedade no preceito da lei, a escola jusnaturalista, particularmente pela interferência do pensamento de Grócio e Puffendorf, assinala o pacto social, no sentido de um ajuste tácito dos indivíduos que, levados por seus interesses egoístas, teriam determinado o respeito aos pactos livremente assumidos¹³³.

E foi na aurora da Idade Moderna que o Contrato Social erigiu-se como ponto de procedência da sociedade civil (*pactum unionis*), do Estado (*pactum subjectionis*) e, por conseguinte, do direito, em definitivo desamparo pela Humanidade do hipotético estado de natureza.

O Contrato Social, além do “estado de natureza”, chegaria mesmo a ser um dos marcos característico e imutável do anti-historicismo da Escola do Direito Natural, cujas doutrinas regeram durante os séculos XVII e XVIII, de que são formas mais representativas, Grócio, Hobbes, Puffendorf, Locke, Rousseau e Kant¹³⁴.

Da natureza racional e social do homem é que, para Grócio, tinha ascendência todo o direito, sua natural sociabilidade impulsionava-o a associar-se aos seus semelhantes, compreendendo-se então a obrigatoriedade dos acordos como o princípio mais geral do direito natural, assentado acima de todos os demais princípios e como fonte de todas as obrigações jurídicas, e que subsistiria ainda que Deus não existisse ou não se preocupasse com Humanidade¹³⁵.

Para Hobbes, em estado de natureza, o homem era lobo do homem (*homo homini lupus*), pois a natureza oferecera tudo a todos (*natura dedit omnia omnibus*), de modo que todos se entendiam no direito de tudo ser dono¹³⁶.

A saída desse estado de beligerância, do estado de natureza, em que as noções do reto e do errado não tinham lugar, seria o *pactum unionis* (que dera procedência à sociedade estabelecendo os fins comuns) e o *pactum subjectionis* (pelo qual os homens possuiriam ser colocados sob uma autoridade exclusiva) que avalizariam a realização desses fins, penitenciando os que contrastassem a sua consecução¹³⁷.

¹³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III.** Contratos. Rio de Janeiro – RJ, Forense, 2011, p.21.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem, p.21-22.

¹³⁷ Ibidem, 22.

Puffendorf adicionaria a esses dois, um terceiro pacto entremear, pelo qual seria selecionada a forma de governo a ser instaurada no Estado. Já Locke alega o caráter histórico do Contrato Social a que foram transportados os homens por força dos inconvenientes do estado de natureza, sendo o maior deles a inexistência de um juiz neutro que sobreponha e faça exercer a lei natural¹³⁸.

Para Rousseau, não foi o Contrato Social que encerrou o estado de natureza e à felicidade de que desfrutava o homem, mas sim a inserção da propriedade, o primeiro que, havendo aramado um terreno, teve a ideia de dizer: isto é meu. E apareceu gente muito simples para acreditar nele, porquanto ele foi o real fundador da sociedade civil¹³⁹.

É importante salientar que, desfeita então a igualdade contratual ao estado de natureza, pelo Contrato Social deveria ser encontrada uma forma de agregação que protegesse e resguardasse a pessoa e os bens de cada associado e, por força da qual cada um, juntando-se a outros, não obedecesse senão a si mesmo, regressando ao estado tão de liberdade quanto antes.

Finalmente, em Kant, o Contrato Social passou a formar não mais um acontecimento real da história da humanidade, mas um fato, ainda que igualmente necessário, meramente racional, único sobre o qual se poderia instituir uma constituição de valor jurídico universal e pelo qual se pode designar um ente comum. Esse contrato, denominado por Kant de *contractus originarius* ou *pactum social* e, como união de todas as vontades especiais e privadas de um povo para compor uma vontade comum e pública, força a todo legislador a fazer suas leis como se estas tivessem emanado da vontade conjunta do povo inteiro, e em considerar a todo sujeito, enquanto quer ser cidadão, como se a tal vontade ligada a ele houvesse dado sua aceitação¹⁴⁰.

O Contrato Social, concebido como produto unitário das diferentes vontades individuais, prestou-se para acender o caminho da afirmação dos denodos do individualismo e do liberalismo no palco não apenas político e econômico, do direito público, mas também no jurídico, do direito privado, neste assegurando a força do

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III.** Contratos. Rio de Janeiro – RJ, Forense, 2011, p.22.

¹³⁹ Ibidem, 23.

¹⁴⁰ Ibidem, p.25.

contrato entre particulares pela valoração do elemento volitivo humano na sua forma.

O interesse que tal teoria acordada decorre não apenas por ela enfatizar o negócio jurídico como instrumento de dignidade da autonomia privada, como de resto é garantido pela doutrina moderna, mas porque o majora a uma condição de autorregulamentação protegido dos interesses de cada uma das partes, ou seja, de uma autotutela privada.

A ordem jurídica neles age, mas com escopos gerais, por isso atribui condições e alcances a esse poder privado de regulamentação, por meio, por exemplo, de “normas tendentes a restringir a autotutela privada dentro dos limites que eliminem os excessos por parte do contraente mais forte”¹⁴¹. Conclui-se daí que a ordem jurídica atua supletivamente apenas impondo limites, já que o maior teor do regramento sobrevém da vontade autônoma das partes, e visa justamente abonar a função daquela autorregulamentação.

Sendo assim, parece incompatível o poder de autorregulamentação com o negócio que se garante ser o contrato empregatício, para o qual a lei extrapola na heterorregulamentação.

Confira-se o conceito dado por Betti¹⁴² aos negócios jurídicos, onde se enfatiza a autorregulamentação:

Os negócios jurídicos têm a sua formação na vida das relações: brotam como atos por meio dos quais os particulares preparam, para o futuro, um princípio obrigatório de interesses das suas mútuas relações e desenvolvem-se sob o impulso das necessidades, para atender diversas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica¹⁴³.

Em abertura mais acima de sua obra, colhe-se outro conceito formado pelo autor de modo semelhante, aqui novamente destacando a nota da autodeterminação das partes no que diz respeito aos seus próprios méritos: São, basicamente, atos com os quais os indivíduos envolvidos procuram regular, por si mesmos, interesses seus, nas suas relações com os outros: ou seja, são atos de autonomia privada. “(...)

¹⁴¹ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p.74

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

A tutela do negócio jurídico depara a sua fundamental justificação na ideia de que cada um deve ser senhor de dar ordens em casa e de controlar os seus negócios como melhor percebe¹⁴⁴.

O negócio jurídico está, pois, ao serviço da liberdade e da autonomia privada, definindo o problema “de dar à iniciativa individual um modo de se demonstrar e de se mover, transformando a posição de tais interesses de acordo com as diretrizes que os próprios particulares estimem mais adequados”¹⁴⁵.

A total absorção da autonomia privada com o negócio jurídico demonstra a sua tutela pelo ordenamento jurídico como implicação da própria soberania da pessoa, na proporção em que ela governa seus atos negociais conforme seus próprios interesses, da maneira que melhor percebe: “Efetivamente, autonomia privada constitui, segundo o seu conceito, que os interessados particulares podem determinar na sua casa, isto é, podem regular como melhor lhes pareça, em relação a eles, os seus negócios¹⁴⁶”.

Quanto à configuração, o negócio jurídico pode versar numa declaração ou num mero comportamento e, quanto ao conteúdo, é basicamente um estatuto, um alinhamento, um preceito da autonomia privada designado a adequar empenhos concretos próprios.

Em outros termos, “o objeto dos negócios jurídicos são os interesses regulados totalmente por ação dos próprios interessados, por isso de seu teor preceptivo, isto é, o conteúdo do negócio jurídico é um princípio de autonomia privada¹⁴⁷”.

Ao atingir a questão da validade do “ato da pessoa legitimamente capaz que esteja, no momento de atuar, naturalmente incapacitada” (louco não interdito, ébrio, em estado psicótico, por exemplo), quer dizer que, ao analisar se ao lado da aptidão legal é proeminente a capacidade natural, Betti diz que:

A questão foi muito discutida no passado, mas mal apresentada, pois a falta de habilidade psíquica do autor do ato é, seguramente, relevante e elimina a

¹⁴⁴ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p.78.

¹⁴⁵ Ibidem, p.80.

¹⁴⁶ Ibidem, 87.

¹⁴⁷ Ibidem, p.92-93.

validade do negócio: mas é ressaltante não como deficiência de um pressuposto, que seria a capacidade, mas sim como ausência de um elemento do negócio, como é a vontade ou a consciência de quem a exerce¹⁴⁸.

Diante dessas colocações e transportando-as para a relação empregatícia, questiona-se se estaria distinguida a falta de idoneidade psíquica do empregado, ante o conjunto de suas necessidades alimentares de sustento, assim levando-o a se reprimir as condições contratuais (im)postas pela empresa, de modo a torná-lo naturalmente incapaz para demonstrar claramente sua vontade e, assim, desempenhar um negócio jurídico que efetivamente seja apropriado a seus interesses. Essa concepção, senão utilizada presentemente para abolir *ab initio* a contratação, por certo é o seguido na limitação conferida pelo art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁴⁸ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p.525.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB PARADIGMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

3.1 O Direito na sociedade contemporânea

Com um papel que se oferece a atribuir efetividade à aspiração de eficácia dos dispositivos constitucionais, o exercício da jurisdição constitucional tem dado procedência a resoluções que, originárias de uma atuação cada vez mais ativa, vêm repercutindo em vários níveis de poder da sociedade e do Estado, fazendo surgir temas que têm dominado a disciplina do Direito Constitucional.

Está introduzida nesses debates a discussão a respeito da necessidade de se colocar limites à atuação da jurisdição constitucional no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais e no domínio de constitucionalidade, surgindo várias doutrinas que intentam delinear parâmetros minuciosamente objetivos que apresentem caminhos para um exercício fidedigno da Corte Constitucional na preservação da Carta.

A atuação da Defensoria Pública possibilita a participação de cidadãos que se encontram à margem da sociedade, resultando num reforço dos valores democráticos, já que se dá a oportunidade de acesso universal e substancial à esfera judicial, o que colabora para a construção de um decisório acertado e voltado para uma real efetivação da Constituição.

Segundo o autor, José Joaquim Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹⁴⁹”.

Os Direitos Fundamentais surgiram como aquisições de prerrogativas e constituição de instituições hábeis de concretizar a garantia de uma convivência íntegra, livre e de igualdade para todos. Assim, os Direitos Fundamentais, como toda e qualquer concepção cultural do homem, possui uma história.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.393.

Os “direitos humanos” são frequentemente relacionados como uma categoria mais ampla que “direitos naturais”, de modo que os direitos humanos seriam aqueles direitos atribuídos ao homem pelo fato de sua existência¹⁵⁰.

O contexto do surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos só pode ser medido em paralelo a história ocidental, até porque tais teores jurídicos são criações peculiares do Ocidente.

Quanto ao aspecto da história social, seria imperativo investigar que forças sociais interferiram na produção e desenvolvimento desses direitos.

Para que buscam os efeitos deste trabalho, faz-se necessário apresentar uma concisa história política-jurídica dos Direitos Fundamentais, através da análise perfunctória dos documentos legislados, cujo estudo nos induzirá a melhor compreensão do nosso Direito positivo sobre a matéria e seus respectivos efeitos para o ponto central deste estudo.

Cumprе ressaltar que, os antecessores mais diretos dos direitos humanos apareceram no final da Idade Média, consolidando-se na Idade Moderna, sob a autoridade do novo jusnaturalismo de Hugo Grócio. A ideia de subjetividade, isto é, de sujeitos de direitos, surge na modernidade, com a filosofia de Descartes, a literatura de Cervantes e arte renascentista de Michelangelo, primeiro gênio artístico a firmar uma obra pictórica¹⁵¹.

Ainda que a proteção dos Direitos Fundamentais exista desde a antiguidade, os seus antecedentes evidentes, sua história não se desenvolve senão com o Estado moderno, que cogita fundamentalmente as novas pressões das relações entre o indivíduo e o poder.

Foi na Idade Média que começou a formar-se uma nova concepção de direitos das pessoas, particularmente as pertencentes aos testamentos da nobreza e grupos de ofício. Mas naquela época não estava bem definida a noção de Estado e o poder era desempenhado de modo prolixo pelos senhores feudais. Apenas com o nascimento do absolutismo, organiza-se terreno para um conjunto de direitos que tinha por finalidade o controle do poder do monarca.

¹⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p.30.

¹⁵¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.115.

A teoria jusnaturalista do Direito contribui para o surgimento das leis fundamentais das várias monarquias na Europa, limitadoras do poder do Rei, ao proteger a ideia de que todos os seres humanos são livres e detentores de direitos naturais, destacando-se como marco expressivo na construção da doutrina dos direitos humanos as determinações inclusas na Magna Charta (1215-1225), na Petition of Rights (1628), no Habeas Corpus Amendment Act (1679) e no Bill of Rights (1688), estas tais, todas editadas na Inglaterra¹⁵².

A Constituição Portuguesa prevê dois regimes diferentes de direitos fundamentais: um regime jurídico específico para os direitos, liberdades e garantias, e outro para os direitos sociais. Segundo o autor, isso se daria porque o primeiro tipo de direitos teria um conteúdo essencialmente determinado ou determinável no texto constitucional, enquanto o segundo necessitaria da intervenção do legislador para que seu conteúdo fosse determinado, conforme autorização do constituinte¹⁵³.

A percepção contemporânea de Direitos Fundamentais, inaugurada com a Declaração de 1948, tem evoluído de outras Declarações complementares, Convenções e Pactos internacionais, além de constituição de disposições supraestatais, a exemplo da Anistia Internacional e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, o que tem impellido a uma doutrina comum dos Direitos Fundamentais, mencionada por José Luiz Magalhães, nos termos a seguir: Os Direitos Fundamentais estão em constante processo de ampliação e prosseguimento, com a ampliação dos conjuntos de proteção em face de determinadas circunstâncias dos indivíduos e sua posição social. Assim, temos não apenas os direitos do homem, mas também do idoso, da criança, do adolescente, do preso, da mulher, dos homossexuais¹⁵⁴.

A existência do parâmetro objetivo dos Direitos Fundamentais, outra disposição hodierna parece solucionar a ilusória ineficácia em razão da ideia de que esses princípios fundamentais não representam simples proclamação retórica, desprovida de intensidade jurídica¹⁵⁵. Ao contrário, constata-se a permanência de

¹⁵² ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.115.

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.198-199.

¹⁵⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez, 2000, p.18.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p.253.

uma força jurídica e moral, de natureza indispensável, dos direitos humanos em face à sua consensualidade, historicidade, inalienabilidade, indivisibilidade e interdependência.

Verifica-se, atualmente, que o homem no pleno exercício dos seus direitos humanos se coloca em grupos e pessoas coletivamente. Tais grupos decorrem igualmente a usufruir dos Direitos Fundamentais.

A aplicação dos Direitos Fundamentais sofreu transformações e hoje essas normas são direcionadas às entidades públicas e privadas, com a interpretação jurídica voltada basicamente para os Direitos Fundamentais como juízo crítico norteador.

Os Direitos Fundamentais não se posicionam somente como alcance da atuação do Estado, mas dos reservados que devem se submeter a esses direitos, sendo seu bom emprego tomado no sentido horizontal, abrangendo todos os membros da sociedade.

Com efeito, o legislador constituinte confrontava-se ainda, no domínio da proteção dos direitos fundamentais, com outro magno problema que, no fundo, tem origem numa dificuldade básica que afeta todo o Estado de Direito Democrático e que permanece não satisfatoriamente resolvida no decorrer do novo século¹⁵⁶.

Os Direitos Fundamentais preservam, desde os seus primórdios, uma imagem de universalidade que se abona através de duas grandes teorias. A primeira, fundada no direito natural que combatia por uma imutabilidade de direitos próprios à natureza humana e, a segunda, mais acolhida atualmente de que os direitos humanos são universais, porque são consequências de um longo processo histórico de concordância em função das lutas sociais ocorridas ao longo do tempo. Há ainda uma convergência no pensamento contemporâneo dos povos no sentido de que as pessoas possuem direitos separados da vontade estatal ou de terceiros.

Por isso, o seu aspecto universal. Pela aceitação de que os direitos humanos cabem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção,

¹⁵⁶ NOVAIS, Jorge Regis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p.220.

independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou crença política-filosófica, cuja proteção não deve manter-se em domínio reservado do Estado¹⁵⁷.

Essa concepção foi positivada em vários órgãos internacionais de consagração dos direitos, dos quais se ressalva a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, com assinaturas de governantes de mais de 170 países, cujo art. 5º consagra: Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional precisa trazer à discussão os direitos humanos universalmente de forma justa, no contexto de igualdade e com a mesma proeminência¹⁵⁸.

Outro ponto caracterizador dos Direitos Fundamentais é a sua indivisibilidade, atrelada ao conceito de dignidade humana. A indivisibilidade determina que todos os direitos estabelecidos nas declarações sejam respeitados, sejam eles os políticos e civis como também os econômicos, sociais e culturais, isto é, utiliza-se como base o conjunto de normas que devem ser acatadas em sua integralidade para eficaz existência dos direitos humanos.

Neste aspecto, Paulo Bonavides enumera os resultados benéficos do caráter objetivo dos Direitos Fundamentais, dentre as quais se destaca: a incidência dos direitos humanos em todos os aspectos do direito público e privado; o vínculo eficiente cada vez mais comum, extensa e de aplicabilidade imediata, ausente do caráter de normas programáticas¹⁵⁹.

A supremacia da Constituição provém da sua própria essência como texto instituidor da ordem jurídica de determinado Estado. Aquela se assenta no topo do sistema jurídico de um país, outorgando legitimidade às demais normas que compõem a ordenação jurídica, caso estas permaneçam conforme seus postulados. A Constituição Brasileira é rígida, sendo a lei constitucional e suprema do Estado brasileiro. Nela estão as regras fundadoras do próprio Estado, a divisão dos poderes e organização de seus organismos segundo uma classificação de competências, além de ser nela que se estabelecem os Direitos Fundamentais.

¹⁵⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1999.

¹⁵⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez, 2000, p.19.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.79.

Dessa forma, os Direitos Fundamentais possuem princípios próprios que os diferem dos outros direitos as estes serão abordadas a seguir em forma de tópicos:

Historicidade: os Direitos Fundamentais são conquistas históricas de benefícios consequentes das lutas contra a opressão do Estado e dos próprios indivíduos, os quais marcam o progresso da humanidade. Em razão da historicidade, estes direitos são instáveis, no sentido de que seguem as transformações e evoluções do pensamento humano;

Universalidade: Os Direitos Fundamentais se designam a todos os seres humanos, independentemente onde estes habitem, pois é uma preocupação generalizada da raça humana;

Inalienabilidade e Irrenunciabilidade: Em regra, os Direitos Fundamentais são imutáveis por serem desprovidos de conteúdo patrimonial, bem como irrenunciáveis já que não se acham a disposição de seus titulares;

Imprescritibilidade: são direitos que não se dissolvem no tempo e podem ser sempre requeridos;

Concorrência: não é preciso que se pratiquem cada direito fundamental de forma subsequente, pois podem ser exercidos ao mesmo tempo, conjuntamente;

Proibição do retrocesso: impede a invalidação, diminuição ou extinção de normas consagradoras dos Direitos Fundamentais, já que são resultantes de uma conquista marcada por prerrogativas dignificadas pela pessoa humana.

É a Constituição que permite a unidade do sistema jurídico, constituindo os princípios elementares dessa ordem, assim como os Direitos Fundamentais à coexistência humana, especialmente os direitos humanos, afirmados fundamentais. Desta maneira, as leis infraconstitucionais só terão valor se entenderem conforme as regras e princípios constitucionais. Não satisfaz simplesmente a conformação legislativa para aferição da constitucionalidade dos atos estatais, mas também é indispensável considerar o momento de interpretação e aplicação da lei para efetivação da Constituição e seus valores. A interpretação e a aplicação da lei se produzem de forma que as consequências não só sejam combinantes com os

princípios e as regras da Constituição, mas que representem a mais exata reprodução dos valores constitucionais¹⁶⁰.

Quanto aos tipos de Direitos Fundamentais, trata-se de uma disposição que leva em conta a cronologia em que os direitos foram gradativamente adquiridos pela humanidade e a natureza de que se revestem. É pertinente destacar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso, a doutrina nomeia a definição “dimensões”:

✓ **Direitos de primeira geração (individuais ou negativos)**

Esses direitos individuais, intitulados de primeira geração, foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e se unem à luta pela liberdade e segurança perante o Estado. Por isso, diferenciam-se por sobrepujarem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado NÃO PODE desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de fixar ao Estado obrigações de não fazer¹⁶¹.

São direitos conferidos às pessoas, particularmente. Ex: domínio, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

✓ **Direitos de segunda geração (sociais; econômicos e culturais ou direitos positivos)**

São direitos sociais e secundário, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos beneficiados, e que estabelecem ao Estado uma obrigação de fazer, de oferecer (direitos positivos, como saúde, educação, habitação, segurança pública e, presentemente, com a EC 64/10, também a alimentação)¹⁶².

Fundamentam-se na noção de equidade material (= redução de desigualdades), no desígnio de que não adianta possuir liberdade sem a estrutura mínima necessária a sobrevivência (educação, saúde) para exercê-la. Começaram a

¹⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

ser celebrados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela classe.

Nesse caso, em vez de se omitir ao Estado uma atuação, exige-se dele que proporcione saúde, educação etc. Trata-se, então, de direitos de caráter prático (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). Ex: segurança pública, habitação, direitos dos trabalhadores, saúde, educação, previdência social e lazer.

✓ **Direitos de terceira geração (difusos e coletivos)**

São direitos transindividuais, ou seja, direitos difusos que são de todos, no entanto, ninguém os tem de modo exclusivo. Em outros termos, não pertence, absolutamente, a ninguém de forma específica. Sobrepõem-se ao indivíduo isoladamente considerado. Porquanto, em analogia, são conhecidos como direitos metaindividuais e supraindividuais. Os primeiros estão mais a frente do indivíduo, quanto os últimos estão acima do indivíduo¹⁶³.

Os chamados direitos de terceira geração surgidos na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes e a globalização que tornaram a humanidade interligada em valores compartilhados. A humanidade passou a compreender que, na coletividade, existem certos direitos que pertencem unicamente a determinados grupos de pessoas, completamente indeterminados.

Os direitos difusos são direitos de todos, mas que não competem a uma pessoa isoladamente. São da sociedade como um todo, cuja esfera é indeterminada. Ex: uma ocorrência que abrange a todos, mesmo que não tenham uma ligação jurídica uns com os outros, são os direitos dos consumidores no contexto à propaganda enganosa.

Já os direitos coletivos em sentido exato são direitos de grupos estipulados, mas que não tem relação a nenhum membro isoladamente, mas ao grupo integralmente. Ex: direito da classe dos advogados de tomar parte dos tribunais por meio do “quinto constitucional” (art. 94 da CF): trata-se de um direito de uma classe

¹⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.40.

específica (advogados), mas que não compete a nenhum advogado em especial, mas ao grupo.

✓ **Direitos de quarta geração**

Há autores que fazem referência a essa categoria, mas inexistente concordância na doutrina sobre qual o regulamento desse tipo de direito. Há quem entenda tratar-se dos direitos de engenharia genética (é o posicionamento de Norberto Bobbio), ao passo que outros mencionam a luta pela participação coletiva e democrática (corrente amparada por Paulo Bonavides)¹⁶⁴.

Por isso, é contestável a seriedade dessa categoria. O Brasil está sendo movido para o engano deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, retirada da globalização econômica. O neoliberalismo gera mais problemas do que os que intenciona resolver. Sua filosofia do poder é contrária e se move rumo à dissolução do Estado nacional, alargando e consumindo os laços de soberania e, ao mesmo tempo, instruindo a uma inventiva despolitização da sociedade.

A globalização política neoliberal marcha calada, sem nenhuma menção de valores. Mas nem por isso deixa de fazer compreensível um intento de perpetuidade do *statu quo* de domínio. Faz parte da tática de elaboração do futuro em favor das hegemonias supranacionais já ilustradas no presente.

3.2 Direito Fundamental no universo jurídico do estado social

Até início do século XX, ainda sob o controle dos ideais liberais do constitucionalismo moderno de fins do século XVIII, prevalecia um pensamento jurídico regulado no designado Estado Legislativo de Direito, em que se considerava a lei infraconstitucional, o ponto culminante do ordenamento jurídico; segue então, quando da análise da legitimidade de uma norma, o que importava não era seu teor axiológico, mas sim o fato de ter sido posta por uma autoridade dotada de

¹⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.40.

envergadura normativa¹⁶⁵. Dessa maneira, as singulares fontes de legitimação do direito eram a lei e o princípio da legalidade.

Existe necessidade de se abalizar entre os dois Estados sociais surgidos no século XX, um antes e o outro após a II Guerra Mundial (1939-1945).

Uma nova fase paradigmática do constitucionalismo, instaurada a partir da II Guerra Mundial, e denominada neoconstitucionalismo. Este fenômeno se relaciona tanto com Estado Constitucional, como representa uma nova teoria do Direito. O neoconstitucionalismo está em fase de formação, de modo que não é possível ainda prever todo o seu alcance. Ele lida com mecanismos de ponderação de bens constitucionais, de modo que a busca pelo equilíbrio fatalmente envolve problemas ainda por serem resolvidos, na medida da experiência do aplicador do Direito Constitucional, em especial, dos tribunais¹⁶⁶.

O primeiro Estado social (1917) passou a ser corrompido pela ideologia fascista, surgindo “melhorias sociais” como meio de amparar a sociedade mais pacata e dependente do Estado que, gradativamente almejava agregar aquela de uma forma “integral”, até que não tivesse mais uma diferença percebível entre sociedade e Estado¹⁶⁷.

O segundo Estado social, movido pela imagem de um Estado de direito em sentido material, apresenta-se como uma opção entre dois extremos: por um lado, a irracionalidade do sistema capitalista, por outro, a irracionalidade fascista¹⁶⁸.

Contudo, após bárbaros acontecimentos, cuja culminância foi atingida durante a Segunda Guerra Mundial, momento em que a humanidade ficou perplexa ante aos escandalosos desrespeitos a valores inerentes à dignidade da pessoa humana, um novo padrão jurídico surge emoldurando documentos constitucionais de alguns Estados.

¹⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.9.

¹⁶⁶ CARBONELL, Miguel. **Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo**. in CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p.8.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.10.

Isso se dá porque os movimentos políticos e militares do Fascismo e do Nazismo, que haviam chegado ao poder dentro dos moldes de legalidade, então vigorantes na Itália e na Alemanha, respectivamente, originaram a barbárie em nome da lei, de modo que os principais acusados, julgados em Nuremberg, evocaram a execução dos preceitos legais provindos da autoridade competente como ponto balizador da tese defensiva de suas obras¹⁶⁹.

Assim, a comunidade jurídica internacional deparou-se com a indigência de desempenhar uma indispensável alteração no modo de pensar e explicar o direito, passando a apreciar como imperativo a mensuração da regularidade de uma norma jurídica não somente em sua função protocolar, mas, sobretudo no que tange ao aspecto material ou de conteúdo¹⁷⁰.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assegura que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, “o conceito de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um organismo meramente formal, já não tinha valoração no pensamento elucidado¹⁷¹”.

A partir de então se disseminaram pensamentos fundados num novo direito constitucional derivante de uma alteração de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, conforme Dirley da Cunha Júnior¹⁷², uma passagem da lei infraconstitucional para o contorno do sistema jurídico e o trâmite da Constituição para o centro de todo o sistema, conforme o reconhecimento da Constituição como legítima e suprema norma jurídica, com eficácia vinculante e obrigatória, dotada de intenso peso valorativo¹⁷³. Fazia-se necessário propor alguma outra teoria que se ajustasse às mudanças ocorridas na cultura jurídica¹⁷⁴.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.324.

¹⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.325.

¹⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.10

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ CAMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo**: un análisis metateórico. In: Carbonell, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.123.

Assim sendo, de acordo com Santiago Ariza¹⁷⁵, um novo padrão teórico jurídico acaba por surgir em algumas constituições elaboradas no pós-Segunda Guerra Mundial, com papéis que se opunham a função que desempenhavam os textos normativos dentro do padrão do constitucionalismo contemporâneo, passando, portanto, a representar uma proposta com intenção a recompor a grande lacuna existente entre democracia e constitucionalismo.

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 possui forte caráter gerenciador, visto que inspirada no conteúdo programático, descreve um modelo estatal que possui característica de um viés intervencionista volvido ao bem-estar social¹⁷⁶.

De fato, o Estado Constitucional de Direito, advindo no Brasil com a promulgação da nova ordem jurídica, proporcionou a conciliação entre a cultura norte-americana, regulada na supremacia constitucional, e a europeia, baseada na busca pela alteração social¹⁷⁷.

Logo, assevera-se que, além de ter natureza de suprema normatividade, o Texto Legal brasileiro promove e difunde valores regulados a uma inclusão social. É nessa última definição, de Estado prestador e intervencionista, que se apreende não mais se aceitar a inércia ou abstenção contemplada pelo Estado, sobretudo quando se considera valores fundamentais arrolados à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, conferir cunho dirigente à Constituição denota condicioná-la a formar programas, diretrizes e finalidades sociais forçando o Estado a realizá-los através da implementação de políticas públicas, em havendo conduta omissiva imprópria, poderá ter, posteriormente, provocação dos destinatários comprovadamente lesados, uma devida assistência judicial. Por isso, faz-se necessário analisar minuciosamente os Direitos Fundamentais sociais, os quais, além de fazer parte do núcleo constitucional ativo e irredutível, prescindem para uma legítima efetivação da prestação estatal¹⁷⁸.

¹⁷⁵ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia **jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In: CABONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p57.

¹⁷⁶ CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010, p.43.

¹⁷⁷ SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial, Trotta, 2003, p.211.

¹⁷⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.280.

Ricardo Maurício Freire Soares aponta que os direitos sociais surgem no início de século XX como resultado da crise dos Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX que, ao propugnarem por uma pequena intervenção estatal, partindo da ideia de que: “as condutas particulares dos agentes econômicos assegurariam a redistribuição equânime das riquezas na sociedade”¹⁷⁹, trouxeram um acréscimo em progressão geométrica da indigência de um número significativo de pessoas, agravando potencialmente a situação de desigualdade social já existente.

Em resumo, o Estado Social Democrático não busca tornar a sociedade mais manipulável através de prestações sociais, mas, sobretudo, garantir o pleno desenvolvimento de toda a população por meio de um tratamento diferente para aqueles que não são semelhantes, imbuído de um anseio de justiça social com propósitos emancipatórios.

O referencial do Estado social crê que essa equidade será obtida principalmente através de ações afirmativas e prestações sociais por parte do Estado, ou seja, não se trata de omissão estatal para assegurar a liberdade, mas de uma ação estatal para gerar condições de uma verdadeira liberdade das pessoas, onde ninguém pode ser somente livre sem condições dignas de subsistência.

Atualmente, muito mais do que no fim do século XIX ou no início do século passado, o Estado social com sua ideia de procura existencial¹⁸⁰ é um fato muito mais concreto e real, ainda que as barreiras políticas atribuídas pela indeterminação e programaticidade normativa, restrições orçamentárias, dentre outras dificuldades.

A ideia de Estado social encontra-se apreciada em diferentes Constituições do mundo, seja sob a forma de um rol específico de direitos sociais, econômicos e culturais (Brasil, Portugal, Espanha, Itália etc), seja sob a forma de uma cláusula social, no caso característico da Alemanha.

É evidente que os direitos sociais têm um enorme encargo político, tanto que algumas situações são questionáveis que sejam direitos no sentido propriamente jurídico-normativo da palavra. Para alguns, não deixa de ser uma mera proclamação

¹⁷⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.281.

¹⁸⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: juspodivm, 2010, p.44.

política ou de uma simples execução eloquente de um protocolo politicamente correto, mas dogmaticamente contraditório¹⁸¹.

Não obstante, protege-se a possibilidade da abrangência dos direitos sociais através de uma dogmática para além da anistia às normas programáticas.

Um dos aspectos mais produtivos do debate jurídico-constitucional na presente época é a seara de uma teoria dos Direitos Fundamentais. O nível elevado de amplitude deste debate deve-se à ‘questão da fundamentalidade’¹⁸², que confere aos Direitos Fundamentais um lugar de evidência, como um dos embasamentos do moderno Estado constitucional.

De um elemento de simples negativa da ação do corpo político, os Direitos Fundamentais passam a ter colocação que permitam aos cidadãos exigirem prestações positivas do Estado nesta procura de pronto desenvolvimento, sendo claro que, “os Direitos Fundamentais sobrepujam além de uma proibição de interferência, um pedido de proteção¹⁸³”.

A grande dificuldade é precisamente a contestação entre tais direitos. Enquanto os direitos que se referem a uma liberdade negativa basta uma posição de não interferência e inércia, ao discorrermos sobre liberdade positiva, direitos prestacionais, estes sugerem por si só uma obrigação positiva do Estado de fazer ou de oferecer. Isto é, colocam ao Estado uma série de requisições práticas para a sua satisfação, que não podem ser acolhidas senão dispondo de elementos apropriados, atingíveis somente ao custo de intensas mudanças das relações sociais baseadas na economia liberal.

Diante do exposto, tornou-se premente a intervenção do Estado, relativizando as crenças anteriormente absolutas do liberalismo, objetivando a realização da justiça social. Deu-se, então, a progressiva substituição do Estado “de natureza liberal-burguesa por um adequado estado-intervencionista¹⁸⁴”, que passaria a ter a

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p.677.

¹⁸⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.282.

delegação de “retificar os abusos do poder econômico e proteger os cidadãos mais desprotegidos¹⁸⁵”, com a implementação de políticas públicas voltadas à solidificação dos direitos sociais. A liberdade que abusava anteriormente, agora cede lugar para a intervenção que libertaria¹⁸⁶.

Os direitos sociais são indiscutivelmente fundamentais. Afinal, partindo-se do pressuposto de que os Direitos Fundamentais “são todos aqueles que são constitucionalmente garantidos¹⁸⁷” e/ou “que tendem a proteger, assegurar e implementar ou gerar a decência da pessoa humana¹⁸⁸”.

Tem-se que os direitos sociais, previstos expressamente no Título II da Constituição Federal de 1988 e focalizados à realização integral da dignidade humana, atendem concomitantemente tanto ao aspecto formal quanto ao aspecto material do conceito, sobretudo nos moldes da atual ordem constitucional¹⁸⁹ são ainda aplicáveis e protegidos sob o disfarce da cláusula pétrea¹⁹⁰.

No Brasil, tendo em vista a rudimentar efetivação dos direitos sociais outrora consagrados, o significado de bloqueio do retrocesso não se sintetiza apenas à faceta negativa, visto inibir condutas lesivas estatais, mas também se ampara em uma postura positiva, já que “confere, principalmente aos agentes públicos, o dever de incentivar o progresso social, através de medida concretizadora, planos de ação Legislativos, administrativos e jurisdicionais, coibindo-se assim as falhas estatais que causem o retrocesso social¹⁹¹”, de modo que ao Estado cumpre assumir uma postura na ascensão dos direitos e na geração das condições necessárias ao seu real exercício.

¹⁸⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.283.

¹⁸⁶ Ibidem, p.284.

¹⁸⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.27.

¹⁸⁸ Ibidem, p.28.

¹⁸⁹ Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...) Art. 60 (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

¹⁹⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: juspodivm, 2010, p.46.

¹⁹¹ NOVELINO *Apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.153.

Entender os Direitos Fundamentais como direitos subjetivos sugere em compreendê-los sob uma extensão potestativa, ou seja, o titular de tal direito tem a possibilidade de exigir sua execução diante do destinatário do mesmo.

De acordo com Novais¹⁹², pode-se assegurar com bastante nitidez que nem todo direito a prestações é um direito social, sendo possível discorrer em direitos a ações positivas do Estado em sentido vasto e em sentido estrito, estes sim, são genuinamente os direitos sociais.

O conteúdo político é um tanto quanto forte nas normas de direitos sociais, conteúdo este que apresenta em si a narrativa do conflito entre percepções liberal e social do Estado. Tal incompatibilidade ainda hoje é compreensível nas várias formas de ajustamento legislativo dos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁹³.

Além da luta política na concepção dos Direitos Fundamentais, sejam eles liberdades ou prestações em sentido exato, a sua realização foi uma penosa tarefa realizada por juristas e tribunais em contraposição ao legislador ‘todo poderoso’ que surgiu da revolução francesa.

Segundo ainda Novais¹⁹⁴, ainda nos dias atuais, um grande conflito cerca o plano da efetivação, especialmente, dos direitos sociais, pois a imagem de plena normatividade desses direitos e sua exigência por parte dos cidadãos provoca um choque entre a ideia de liberdade de adequação da Administração Pública ao estabelecer políticas públicas associadas aos direitos sociais e a possibilidade de estabelecer abertamente prestações aplicadas no texto constitucional ou em normas ordinárias, confronto que reflui nos limites da atuação do Estado e, também, coliga-se à compreensão da ideia de apartamento de poderes.

De fato, nota-se com muita nitidez que os direitos sociais não alcançaram uma densificação teórica tão apurada como ocorre com os direitos de liberdade. Dentre inúmeros fatores, podemos destacar:

- a) As dificuldades políticas da realização dos direitos sociais;
- b) A complexidade da enunciação normativa dos mesmos pela grande interferência que a política e economia desempenham em sua práxis;

¹⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

¹⁹³ Ibidem, 2010.

¹⁹⁴ Ibidem.

- c) A impossibilidade de assinalar na prática o que vem a ser os direitos sociais e as políticas públicas volvidas para a efetivação dos mesmos.

Enquanto a apreciação do campo de proteção e da intervenção estatal, num clássico direito de justificação estabelece a terminação de que a implicação fática conexa ao fato previsto no apoio é de uma omissão estatal com a segurança de que nada interferirá no domínio de liberdade do cidadão, a mesma terminação não pode ser alcançada ao considerarmos a composição do suporte fático dos direitos sociais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, como têm uma índole prestacional, um “fazer” por parte do Estado em relação ao cidadão, o que já não ocorre nos clássicos direitos de defesa.

Quanto à esfera de proteção de um direito social, esta extensão não se mostra intrincada, involuntariamente de qual direito social nos referimos (saúde, educação, trabalho etc), pois se pode garantir que “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações (ou posições) estatais que provoquem a concretização desse direito¹⁹⁵”.

No âmbito de um direito social, não se concebe uma ação do Estado que intervenha na saúde ou na educação de seus cidadãos, mas precisamente uma atuação ineficaz ou até mesmo inexistente; o que nos direitos de liberdade configura-se como um modo de evitar o livre exercício de uma capacidade individual nos direitos sociais, tal influência estatal provoca em “não atuar ou atuar de forma precária¹⁹⁶”.

Em síntese, a segurança de um conteúdo essencial aos Direitos Fundamentais opera como uma assistência contra a atividade legislativa e interpretativa que possam esgotar os Direitos Fundamentais, exercendo, assim, o objetivo de instituir um ‘núcleo intangível’ que possa trabalhar como fundamento básico de um direito constitucional, com vistas a abonar os Direitos Fundamentais para que não sejam restringidos a algo fútil ou de natureza puramente declaratória.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.82.

¹⁹⁶ Ibidem

Assegurar que os direitos sociais são Direitos Fundamentais e não lhe garantir um núcleo fundamental de amparo, seria contraditório e, pela sua natureza de direitos prestacionais, proporcionados pelo Estado em relação ao cidadão, seria restringir os mesmos a simples declarações políticas carentes de conteúdo prático fundamental.

É conhecida a ideia de otimização, onde qualquer direito deve ser atingido no maior nível possível, levando em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes¹⁹⁷. Contudo, deixar os direitos sociais confiados à inconstante posição das condições existentes, pode soar como um tom relativista e revolido a oposições arrogantes e redutivas dos direitos sociais, tais como a restrição do possível.

É pertinente aqui trazer a discussão de que não é unanimidade na doutrina a aceção e alcance da Dogmática Jurídica. Alguns a denotam como o estudo sistemático dos regulamentos jurídicos, desprovidos de qualquer valor sociológico, moral, político ou econômico, confundindo-se, assim, com a própria Ciência do Direito.

A dogmática jurídica representa, por conseguinte, o estudo do sistema de normas jurídicas vigentes em certa época e local. Seu escopo é ponderar as normas, interpretá-las, envolvê-las no sistema, aplicá-las aos eventos concretos. É chamada “dogmática” porque a classe do jurista ante a norma jurídica é semelhante a do fiel diante dos dogmas. Deve acolher a norma vigente como ponto de partida invariável.

À Dogmática inquieta uma teoria geral acrítica e formalista que lhe convenha, puramente, de apoio para citar o sistema jurídico sem qualquer interposição ideológica. Ela concentra toda atenção nas nascentes formais do direito, de modo a consentir que a reconstrução imparcial do ordenamento jurídico, por parte do jurista, exista para socializar o conjunto de valores acatados pelo Estado.

Diante desta compreensão, tal ciência, ao desenhar uma racionalidade formal que não se contrapõe com a prática social, torna-se imensamente disfuncional na medida em que submersa em ideologismos e desassociada da práxis política, impossibilitada de lidar com o crescimento dos sistemas políticos e com os

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.83.

ascendentes conflitos sociais, restando a ela a restringida tarefa de reformulação dos elementos lógico-formais do raciocínio do legislador.

Esta censura justifica-se porque ao diminuir todos os conceitos jurídicos a âmbitos de legalidade formal, ela deixa compreender como o processo socioeconômico e político-cultural interferem em uma constante redefinição conceitual normativa.

Considerando a crescente complicação das articulações sociais, como os conflitos coletivos na atual sociedade de massas em contraste ao caráter individualista do positivismo jurídico, a Dogmática Jurídica não estaria amparada para resolvê-los e passa a enfrentar dificuldades intransponíveis para lidar com a crescente mutação dos sistemas jurídicos e com sua progressiva capacidade de adaptação aos tumultos de natureza coletiva. Porque tais crises e conflitos já não se encaixam nos difíceis limites das saídas individualizadoras forjadas desde as compilações do século XIX.

De forma quase que automática, podemos descartar que o mínimo existencial seja tudo aquilo que é garantido pelos direitos sociais, por uma negação recíproca, pois se a ideia de conteúdo essencial remete a uma parcela mínima de elementos que um direito fundamental pode possuir, com obviedade, deve-se agregar o conteúdo efetivo dos direitos sociais à ideia de mínimo existencial como o cumprimento mínimo pelo Estado de ações que assegurem o desenvolvimento do indivíduo.

Incide que, muitas vezes, a prática dos direitos sociais, não obstante o caráter positivo no presente, não se tem transformado uma condição de ‘mal silencioso’ para as gerações futuras?

Uma das principais ideias por trás do Estado social é a questão da solidariedade, ou seja, com base na justiça distributiva. Assegurar o pleno desenvolvimento das competências dos cidadãos, garantia que seria observada com uma melhor redistribuição dos bens fundamentais pelo Estado.

No entanto, a política estatal de distribuição surtiu um efeito adverso, pois, ao invés de designar cidadãos mais solidários, tornou-os individualistas na medida em que passaram a acreditar serem, exclusivamente, destinatários de direitos, a ser

financiada pelo Estado, não competindo ao cidadão qualquer compensação para financiar, em parte, as prestações das quais são destinatários.

Segundo Alexy, “a teoria jurídica dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã é dogmática e norteia-se, primordialmente, pela Dogmática Jurídica em três aspectos: analítico, empírico e normativo¹⁹⁸”.

O aspecto analítico ocupa-se da análise sistemático-conceitual do direito apropriado, cursando desde a análise de conceitos fundamentais, passando pela construção jurídica, até a averiguação da estrutura do sistema e da fundamentação das normas¹⁹⁹.

O aspecto baseado na experiência da dogmática jurídica é verificável em um duplice sentido. Inicialmente, como conhecimento do Direito positivamente correto; segundo, como emprego de premissas empíricas na argumentação jurídica. Ela não se extenua com a descrição das leis, incluindo a jurisprudência, abrangendo mais do que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico.

Por sua vez, o aspecto normativo ultrapassa o simples conhecimento do direito positivo válido, inserindo-se a assuntos axiológicos, ou seja, à dogmática clássica agregam-se as questões valorativas e juízos de valor à práxis jurídica e principalmente jurisprudencial.

Entende-se, deste modo, que o autor Robert Alexy apoia uma dogmática multidimensional e integradora, otimizando-se a partir destes três aspectos para que se desvende seu caráter prático de Ciência do Direito. E, assim, define-se o seguinte procedimento:

Para se ter uma resposta plausível a uma questão sobre o que dever ser juridicamente, faz-se necessário conhecer o direito positivo. A ciência do direito positivo exato é dever da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser contraído por meio do aspecto empírico não é satisfatório para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso conduz à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, o aspecto normativo²⁰⁰.

Os direitos sociais são dotados de natureza de Direitos Fundamentais e exercem na ordem constitucional brasileira a função de complementaridade aos

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.33.

¹⁹⁹ Ibidem, p.34.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.38-39.

direitos de defesa, possuindo assim, cunho prestacional, indispensáveis à efetivação do mesmo.

É manifesta a existência de certas diferenças preponderantes entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. Sem considerar os diferentes entendimentos, verifica-se que a diferença mais acentuada entre estes direitos posiciona-se no seu grau de efetivação, ainda que se garanta que a regra contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal é aplicável a todos os Direitos Fundamentais. Em relação a isto, o comando em explanação, quando concerne aos direitos sociais, obriga a todos os órgãos estatais a missão de otimização de sua eficácia, promovendo recursos para a realização dos mesmos²⁰¹.

É indiscutível que a Constituição brasileira distingue literalmente a existência dos Direitos Fundamentais sociais e propõe novos mecanismos de efetivação, contudo, também é inegável que há uma brecha entre a teoria e a prática, causando na comunidade jurídica perturbação e levantando questionamento sobre a força normativa da Constituição.

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.40.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

4.1 Fundamentos dos Direitos Sociais

Os Direitos Fundamentais Sociais são aqueles que, por hegemonia, detêm uma natureza intrinsecamente prestacional determinando, deste modo, um desempenho do Estado de maneira eficiente em favor da verdadeira execução dos valores neles encravados²⁰².

E nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que o atuar é uma obrigação destinada a órgão estatal e não simples faculdade ou opção arbitrária atribuída ao Estado.

Isto porque todas as normas de uma Constituição rígida possuem natureza jurídica, ou seja, são munidas de juridicidade, sendo indispensáveis, atribuindo uma obrigatoriedade de comportamento²⁰³.

Assim sendo, na ocasião em que a Constituição prescreve normas que versam sobre direitos sociais, acredita-se, por conseguinte, serão dotadas de normatividade jurídica²⁰⁴ “possuindo assim a propriedade da imperatividade, o que por sua vez impõe um desempenho comissivo ou omissivo ao Poder Público de cujo cumprimento, certamente, encontram-se obrigadas todas as pessoas individuais, coletivas ou mesmo os órgãos estatais²⁰⁵”.

Percebe-se então que o Estado deverá tornar efetivo todo e qualquer direito fundamental que demande uma prestação de caráter prático para sua realização. Assim, verifica-se que as normas jurídicas, em particular as constitucionais, são criadas para serem aproveitadas, sendo considerada proveitosa a norma que cumulativamente estiver em vigor, for válida e dotada de eficácia²⁰⁶.

²⁰² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.90.

²⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.78.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem, p.79.

²⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.85.

No tocante à norma constitucional de natureza social em vigência, seja apropriada ou legítima e tenha eficácia, terá possibilidade de sua aplicação, permitindo ser cobrado do Poder Público à execução do preceito constitucional em abstrato, a fim de se impor ao disposto da Constituição a eficácia social ou efetividade²⁰⁷.

Nessa ocasião, é preciso analisar em minúcia, dentre as de implicações das normas constitucionais, aquela que dita a sua eficácia.

Eficácia das normas jurídicas consiste na competência para produzir seus fins, assim, eficaz é a norma adequada para alcançar a finalidade para a qual foi designada, sendo aquela que detém possibilidade de aplicação, isto é, a competência de gerar efeitos jurídicos²⁰⁸.

Nesse caminho, adotando a imagem de que “eficácia é a possibilidade de a norma produzir eficácia ou potencialmente os efeitos típicos constrictos pelo político²⁰⁹”. Silva Neto ainda afirma que “todas as normas constitucionais são eficazes”²¹⁰.

Considerando que toda norma constitucional detém eficácia jurídica, José Afonso da Silva assinala que a diferenciação entre elas se dá quanto à dimensão de seus efeitos jurídicos²¹¹.

Por essa razão, doutrinariamente as normas constitucionais ganham, quanto à eficácia, variadas teorias classificatórias. Isso passou a ocorrer a partir do momento em que foram inseridas cláusulas compromissórias e de fundo programático nas Constituições do século XX, as quais, ao originar a previsão de direitos de natureza social, propiciaram uma reestruturação de todo o entendimento que existia a respeito da eficácia das normas constitucionais. Assim sendo, a mera “divisão das normas em autoexecutáveis e não autoexecutáveis não mais se encaixava a uma realidade neoconstitucionalista, por não conseguir abranger

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.82-83.

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.85.

²⁰⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.133.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.85.

satisfatoriamente a muitos dos preceitos elucubrados numa Carta Constituinte²¹², em específico, os de cunho programático.

A difusão então das designadas normas programáticas exibia um apelo inovador a respeito do tema. Nesse contexto, prosperou a visão que afirmava extintas as normas constitucionais improdutivas e sem eficácia, diferenciando-as, com isso, no tocante aos diferentes níveis de eficácias.

É nessa linha de raciocínio que Vezio Crisafulli sustenta que, “das normas programáticas, geram situações particulares que devem ser analisadas em um amplo aspecto: situações negativas ou de vínculo e situações positivas ou de vantagens²¹³”. Dessa forma, para tal autor, “programáticas se expõem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular prontamente um determinado objeto, preestabelece a si mesmo um código (...) obrigando-se a dele não se separar sem um justo motivo²¹⁴”.

A partir daí imperou o entendimento que defende não haver normas constitucionais que sejam faltas de eficácia jurídica ou restringidas a um idealismo teórico de bom intento ou uma simples página de oratória política e literárias²¹⁵. Trata-se de essencial progresso doutrinário, na medida em que até mesmo as normas programáticas passaram a ser dotadas de valor jurídico vinculante.

José Horácio Meirelles Teixeira foi pioneiro na classificação das normas constitucionais regulada no grau de eficácia de cada qual²¹⁶. Nesse aspecto, o autor propôs que as normas constitucionais sejam classificadas em duas categorias: normas constitucionais de eficácia plena (aquelas que estão hábeis à incidência total dos seus efeitos) e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (aquelas que necessitam de uma complementação legislativa)²¹⁷. Há neste caso particular a incidência de um efeito negativo, de caráter interpretativo e integrador, sendo

²¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.143.

²¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.106.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.247.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Ed. Forense Universitária: 1991, p.167.

²¹⁷ Ibidem.

subdivididas em programas direcionadas ao legislador, como também o de legislação, atinentes às esferas organizacionais da Constituição.

A partir daí que se evidencia a problemática da aplicabilidade de normas constitucionais de natureza programática²¹⁸. Por fim, tendo estas uma eficácia jurídica e acompanhando-se da atuação dos poderes políticos para se concretizar, qual seria a solução em caso de deleção do Estado na prestação dos valores e programas normativo-constitucionais?

Poderia tratar-se de uma omissão inconstitucional, forçando para que houvesse saneamento do estado de inconstitucionalidade dele resultante, uma apropriada atuação jurisdicional após afronta de órgãos sociais, indivíduos e/ou instituições estatais, em particular a Defensoria Pública, pela afinidade de suas funções com os pontos trazidos e com os destinatários impetrados pelas normas de natureza programática.

Isso se apresenta porque, ratificada a juridicidade das normas programáticas e considerando ser necessária a atuação do Estado para sua efetivação, é repudiável a arbitrária omissão.

É válido afirmar que de todas as normas de natureza programática podem ser retirados direitos subjetivos, chamáveis, não obstante, doutrina em contrário.

De certo modo, os direitos sociais, mesmo existindo em sua face preponderantemente programática, têm um resultado mínimo imediatamente eficaz, inclusive, com a previsão constitucional que o reconhece como legítimo direito subjetivo.

Contudo, outra polêmica questão provém desse contexto. Afinal, de qual espécie de direito subjetivo se aventa: positivo, em que se exige comportamento comissivo de outrem, ou meramente negativo, havendo apenas a existência de um comportamento omissivo?²¹⁹.

As normas constitucionais programáticas não produzem direitos individuais em seus aspectos positivos, gerando-os, somente, em seus aspectos negativos, ou seja, este autor acolhe a criação de direitos subjetivos singulares a partir de direitos de natureza social somente na sua aba

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.102.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.177.

negativa, o que denota que o legislador ou a administração ficam proibidos de decidir de forma contrária aos objetivos expressos no texto constitucional²²⁰.

Dirley da Cunha Júnior²²¹, no entanto, esboça classificação na qual as normas programáticas estão divididas em atributivas de direitos sociais e econômicos (aquelas que se referem aos direitos de natureza social direta e prontamente usufruíveis pelos destinatários da norma) e em fixadoras de objetivo e metas genuinamente políticas (são aquelas que não conferem direitos imediatos, ao menos, na sua dimensão positiva, restringindo-se somente a delinear programa futuro).

Dessa maneira, finaliza-se que das normas definidoras de direitos sociais e econômicos, podem ser retirados direitos subjetivos positivos e negativos, enquanto que das normas fixadoras de metas genuinamente políticas se extraem apenas direitos subjetivos negativos²²².

Já foi visto que, os direitos sociais estão inclusos dentre as normas programáticas, tendo assim eficácia jurídica limitada.

Entretanto, pautando-se na classificação recomendada por Dirley da Cunha Júnior, pode-se afirmar que “os direitos sociais geram posições jurídicas benéficas aos indivíduos, sendo exigíveis de imediato e estabelecendo-se, por verdadeiros direitos subjetivos, especialmente no que se refere à garantia do molde mínimo social²²³”.

Logo, em caso de inércia estatal, o indivíduo lesado terá possibilidade de buscar em juízo o adimplemento de seu direito de natureza social prestacional, circunstância pela qual a atuação judicial deverá dirigir o fortalecimento do Estado Democrático de Direito por meio da inclusão social, visto que “desenvolvimento da democracia se mensura pela dilatação dos Direitos Fundamentais e de sua afirmação em juízo²²⁴”.

²²⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.178.

²²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p.89.

²²² Ibidem, p.90.

²²³ Ibidem, p.90-91.

²²⁴ Ibidem, p.111.

Conforme observou Carlos Drummond de Andrade, dizendo que as leis não satisfazem. Os lírios não nascem da lei²²⁵. A efetivação dos direitos sociais ocorrerá quando houver uma atuação efetiva do Poder Público, por esse motivo, esse tema será, no capítulo seguinte, objeto de análise mais criteriosa.

4.2 Garantias dos Direitos Fundamentais como núcleo essencial

Um problema comum arrolado com a própria eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais sociais é o de colocar, no âmbito do marco constitucional brasileiro, os contornos do seu respectivo regime jurídico-constitucional, o qual, além do que expressamente foi estabelecido pelo Constituinte, tem sido objeto de inesgotável desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Também por esta razão, os Direitos Fundamentais devem estar revestidos contra uma eliminação ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outros termos, pelos poderes instituídos, além de terem sua normatividade inteiramente avalizada, o que implica o reconhecimento de uma ampla fundamentalidade formal e material²²⁶. Alinhando-se à cultura constitucional contemporânea, também a CF de 1988 juntou a este modelo e, além de inserir os Direitos Fundamentais no distinto do rol das assim designadas cláusulas pétreas, proporcionando restrições materiais ao poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF), as normas que definem direitos e garantias fundamentais são declaradamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF).

O problema é justamente a resistência em relação à aplicação desses aspectos cruciais no regime jurídico-constitucional dos Direitos Fundamentais aos direitos sociais. Portanto, há quem descreva que as normas de direitos sociais não se encontram compreendidas pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, quanto quem acredite que os direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não terem sido claramente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da C F²²⁷.

²²⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Teoria Geral dos Contratos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.48.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.40.

²²⁷ Ibidem.

É possível, partindo-se da premissa de que indiferentemente da circunstância de que a localização topográfica do dispositivo poderia recomendar uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º da CF, apenas aos direitos individuais e coletivos, ocorre que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, já que esta emprega a formulação genérica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, tal como registrada na epígrafe do Título II da CF, exposto que, mesmo em se procedendo a uma interpretação puramente literal, não há como amparar, pelo menos não sem contestação relevante, uma diminuição do âmbito de aplicação da norma a qualquer das classes específicas de Direitos Fundamentais consagradas em nossa Constituição.

Em sentido oposto, houve inclusive quem sugerisse uma “nova exegese” da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua cogente interpretação restritiva quanto ao alcance, já que o Constituinte “disse mais do que o esperado²²⁸”, advogando, por meio de consequência, uma interpretação claramente inspirada em um simbólico e claramente equivocado “originalismo”, amarrado numa “vontade do Constituinte” presumidamente antagônica ao próprio teor literal do dispositivo.

Já de acordo com a inserção dos Direitos Fundamentais sociais, no rol dos limites materiais à reforma constitucional, em se adotando como ponto de partida o proclamado literal do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5º da CF se acham revestidos contra a ação do poder de reforma da Constituição, havendo a possibilidade de ampliação, mas não de supressão desses direitos²²⁹.

Para os que advogam uma interpretação negativa, abre-se a alternativa argumentativa. Com isso, possibilita-se sustentar, ainda, que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de forma que apenas os Direitos Fundamentais igualáveis aos direitos individuais do artigo 5º poderiam ser considerados “cláusula pétrea”, ou ainda, aos assim designados direitos civis e políticos, de titularidade individual, posto que, neste caso, a tutela contra o cerceamento por meio de retificações constitucionais obteria igualmente os direitos não previstos no artigo 5º, mas anularia os direitos sociais.

²²⁸ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.509.

²²⁹ Ibidem.

A viabilidade desta concepção tropeça na difícil tarefa de delinear as diferenças dos direitos individuais e dos não-individuais. Mesmo se avaliássemos como individuais apenas os Direitos Fundamentais que se distinguem por seu desempenho que objetiva a defesa e a concepção que constitui a tradição no direito constitucional pátrio, sendo necessário, levar em consideração a essência, nos distintos capítulos do Título II da Carta de direitos e garantias passíveis de constituírem equiparados aos direitos de defesa, de tal maneira que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), entre outros, do direito de greve decorrente da livre atuação da associação sindical, também se achariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Também, por esta razão, ainda mais a declínio de um regime jurídico caracterizado expressamente, previsto na Constituição, torna-se impossível excluir os direitos sociais do rol das chamadas “cláusulas pétreas”²³⁰.

Contrariando esta linha argumentativa, Silva²³¹, sustenta que a dualidade entre direitos “individuais” e “sociais” a indefere da titularidade, à vinculação de uns e outros a distantes estágios da formação do ethos do Estado constitucional, na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao padrão do Estado liberal e individual, e não ao estado social, de essência solidária.

Todavia, ainda que se adote a inteligência do julgamento (o autor, de qualquer modo, acaba reconhecendo que os direitos sociais associam os limites materiais subentendidos), fornecida a resposta, especificamente quando é distinguido para o fato de que não é possível remover da nossa Carta Magna um regime diferenciado - no sentido de uma conjectura jurídica própria entre os direitos individuais e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, sobretudo, entre a sua extensão negativa e positiva, haja diferenças no que descreve com o seu objeto e função cumprida na ordem jurídico-constitucional.

Além do mais, em nenhum momento nos restringimos a confrontar o contexto da conjectura individual de todos os direitos como fundamento exclusivo de nosso pensamento, já que esta compõe apenas uma razão entre outras.

De outro modo, o conceito de um regime jurídico substancialmente inabalável para o conjunto dos Direitos Fundamentais comprova que, entre nós, não há que se

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.510-511.

²³¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2009, p.39.

discorrer numa condição de “esquizofrenia constitucional” decorrente de um tratamento distinguido, dicotômico e mesmo conflitante dos direitos sociais, no sentido de ficarem sujeitos, de forma genérica, a um regime jurídico distinto e menos pujante em relação aos demais Direitos Fundamentais; em particular os denominado direitos civis e políticos.

Assim, afirmar que um dos principais desafios nos quais nos encontramos atualmente é o de resgatar as boas promessas da modernidade, dentre as quais toma papel de destaque, institucionalização, e a permanente “atualidade dos direitos sociais”²³², fornecendo as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela nossa Constituição, possibilitando tornar efetivos tais compromissos, especialmente naquilo que estas concernem à implantação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à segurança de uma vida digna para todos.

4.3 Poder Público na efetivação dos Direitos Sociais

Tendo o Ministério Público como patrono da ordem jurídico-constitucional, da democracia e dos Direitos Fundamentais, é criação que guarda direta e estreita relação com a distinção humana, fundamental ao indivíduo na sua grandeza individual e social.

No entanto, a Cláusula Pétreia, também denominada de “cláusula de eternidade” e “cláusula de inamovibilidade”, em sentido constitucional, revela a ideia de que há alguma norma que não pode ser alterada, tornando-se irreformável, ou seja, torna insuscetível de modificação um dispositivo apontado pelo Poder Constituinte Originário. Demonstra, assim, um esforço do representado para garantir a integridade da Constituição, dificultando assim eventuais reformas que acendam a destruição, a atenuação ou, ainda, provoquem profundas mudanças. São, assim, limites afixados ao conteúdo de uma reforma constitucional e que atuam como verdadeiros obstáculos ao exercício do Poder Constituinte Reformador.

No contexto da Constituição Portuguesa, dos direitos fundamentais, as teorias de sua admissibilidade, a legitimidade constitucional,

²³² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

As soluções teóricas primárias que imediatamente se sugerem a alguém que, de algum modo, conclua pela sua admissibilidade, são as seguintes: ou se admite a legitimidade constitucional de eventos com esta natureza, mas não se lhes atribui a qualificação de restrições aos direitos fundamentais, como forma de “escapar” à proibição constante da primeira parte do art. 18, n.º2, ou se reconhecem aquelas limitações como verdadeiras restrições, mas se desvaloriza de alguma forma, a rigidez da sua aparente proibição constitucional²³³.

De acordo com Mendes²³⁴, a Constituição contribui para o prosseguimento da ordem jurídica fundamental na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado Democrático de Direito sob a figura de legitimidade.

Entretanto, com a evolução social, política, econômica, científica e tecnológica alcançou e alterou o Estado contemporâneo, visto que a sociedade moderna conseguiu níveis de complexidade, em todos os aspectos ou ângulos de relação que se queira enfocar, jamais notados ou concebidos.

Das consequências de tal evolução, não esquivou o Ministério Público no Brasil, mesmo porque a sociedade brasileira, assunto no qual a instituição está introduzida, também padeceu de rápida mutação por aspectos políticos, econômicos e sociais, dos quais são exemplo a Proclamação da República, a industrialização, as migrações, a concentração demográfica e o desenvolvimento econômico nas últimas décadas.

O Ministério Público da atualidade deixou de ser somente o órgão encarregado da persecução penal, deduzindo em Juízo a ambição punitiva do Estado contra os delituosos, ou, no Juízo Cível, encarregado da defesa de certas instituições (como a família, as fundações) ou de determinadas pessoas (como os ausentes, os incapazes, os acidentados do trabalho), passando a ser, sobretudo, fiscalizador e defensor da adequada aplicação das leis e da Constituição, assumindo-se, pois, como o órgão de defesa dos interesses sociais em Juízo, também contra o Estado, os contornos jurídicos da estrutura do Ministério Público, erguida pelo Constituinte de 1988.

²³³ ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2 ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p.181.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p.223.

4.3.1 Mínimo existencial

A legalidade do Estado social contemporâneo passou a ser a capacidade de desempenhar com ou sem a participação operacional da sociedade. O que significa o mais recente preceito de sua qualidade democrática, em certos objetivos pré-determinados, sendo o principal atributo do Estado social a distribuição e divisão²³⁵.

A finalidade primordial do Estado social, a qual não se materializou no Brasil, seria o de promover a integração da sociedade nacional, que no caso brasileiro careceria advir tanto no âmbito social bem como no federal, com a modificação das estruturas econômicas e sociais, o que acabou por não ocorrer.

A problemática que norteia o assunto é que a função intervencionista do Estado trouxe a sua vantagem somente para acrescentar ainda mais as disparidades sociais, pelo fato de que uma parcela significativa restringida dos direitos individuais e sociais não foi exercida, dentre outras causas²³⁶.

Ressalta-se que, o conceito de cidadania passa do plano civil e político para a esfera social, alterando-se o direito em organismo para obtenção de metas sociais concretas. “O Estado social deixa de ser formal neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, distinto por uma pretensão de realização da justiça social²³⁷”.

No Estado democrático de direito, agregar-se um qualitativo em analogia ao Estado Social, que é o objetivo de dar chance ao aprofundamento da questão da igualdade. Deste modo, a pessoa pública necessitará exercer papel transformador da realidade, sobrevivendo este novo qualificativo sobre a função do Estado.

Para Lenio Luis Streck, “o Estado Democrático de Direito nesse aspecto tem a qualidade de sobrepujar não só a formulação do Estado liberal de direito, como

²³⁵ BERCOVICI, G. **Desigualdades regionais**, estado e constituição. São Paulo: Max LIMONAD, 2003, p.81.

²³⁶ STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.36.

²³⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. **Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica**. O exemplo privilegiado do direito administrativo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática, Porto Alegre, n.º 3, 2005, p. 53.

também a do Estado social de direito, conferindo à ordem jurídica e à atividade estatal uma consideração imaginária de transformação da realidade²³⁸”.

Analisa-se, nesse sentido, uma condução do núcleo de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Nesse aspecto se coloca como um novo caminho a ser utilizado na busca pelo cumprimento dos direitos determinados na constituição, seja ela através do controle de constitucionalidade ou pela perspectiva de colocação de outras ferramentas processuais disponibilizados pela constituição, como exemplo: o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros.

Ainda, mencionando Lenio Luis Streck²³⁹, tais princípios fundamentais, pelos quais assinalam para o ingresso à justiça, permanecem impotentes, visto que, o Poder Judiciário não está preparado para essa atuação, mas, exclusivamente, para tratar com conflitos interindividuais, próprios, como explica, através de um modelo liberal-individualista. Não obstante, não estar hábil ao enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do novo modelo sucedido do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição de 1988, pertence ao Poder Judiciário, tomar categoricamente uma nova postura, atuando em conexão com os princípios fundamentais da justiça colocados pela Constituição de 1988, alterando-se, como bem faz referência.

A natureza da atividade jurisdicional se fundamentada na relação entre o Juiz e a Lei, que já não são como no paradigma juspositivista, cessão à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que uma sujeição à Constituição²⁴⁰.

Em outras palavras, no que se pode titular de constitucionalismo moderno, e para que entenda a Constituição estabelecida em princípio valorativo superior, terá que se encontrar com o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto indivíduo. De outra forma, no ambiente da sociabilidade, entende-se o sujeito como pessoa inserida em um determinado contexto social, que em sua intersubjetividade e na relação com outros elementos, tem finalidade a realização da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade igualitária e equitativa.

²³⁸ STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.38.

²³⁹ STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.38.

²⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1, p.29.

É patente também relatar que foi, sem dúvida, uma grande conquista dos povos civilizados a consideração da obrigação de uma segurança jurídica com base em uma Lei Maior. Com o intuito de extirpar o autoritarismo monárquico e estruturar o Estado, estabeleceu-se um ordenamento jurídico que dissemina a ideia de um conjunto de distintas normas reunidas sob um documento com dominação sobre todas as outras.

Outra verdade a ser revista é que, no mundo jurídico, a Constituição é a Lei Fundamental de um Estado, é a organização dos seus elementos fundamentais, dentre eles encontram-se os Direitos Fundamentais e suas garantias. É indispensável que a Constituição tenha efeito normativo satisfatório para acudir o direito alcançado e não servir somente de declaração política. Dessa forma, abalizada na "vontade da Constituição", a Lei Fundamental poderá buscar uma real garantia de direitos, que não se restringem ao campo individual como no período clássico, mas são de encargo social, econômico, religioso e se alargam cada vez mais.

A matéria desperta uma aferrada polêmica no que concerne ao dispositivo constitucional que discute sobre a proteção contra os direitos por meio do processo Legislativo. Prescreve, literalmente, o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal que unicamente os direitos e garantias individuais estão resguardados pela imutabilidade.

E considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 60, § 4º, inciso I, assentou como cláusula pétrea a forma federativa, cujo contexto junta, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para sua fiscalização e, considerando ainda o Ministério Público, torna-se cláusula pétrea, assim como os benefícios e seguranças dos seus membros.

Entretanto, de acordo com a visão constitucional, o Mandado de Injunção caracteriza-se como garantia constitucional útil ao particular "sempre que a ausência de norma regulamentadora torne irrealizável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas essenciais à nacionalidade, à soberania e à cidadania." (art. 5º, LXXI, CF/88)²⁴¹.

²⁴¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1, p.30.

Segundo se verifica, o novo estatuto implica na omissão de norma que leve a cabo o exercício de determinado direito existente no Texto Maior. O resultado esperado com o uso da garantia é o suprimento normativo, para fatos concretos, pela autoridade judicial, viabilizando o estágio de direitos, liberdade e prerrogativas constitucionais. Assim, é trabalho da imutabilidade das normas constitucionais que irradiam do núcleo do artigo 5º buscar no direito inexistente instituto jurídico com grandeza semântica e teleológica igual ao nosso Mandado de Injunção.

Já em outra visão, no assunto da dignidade humana, Santos diz que é “o princípio moral que profere que jamais se deve tratar a pessoa humana como um elemento, mas sim como um fim em si”; tende ainda a aperfeiçoar a pessoa humana, que é a garantia da continuação da sua dignidade²⁴².

Em John Rawls “a percepção da pessoa é um ideal moral que caminha paralelamente com o de uma sociedade bem coordenada. Como qualquer outro ideal, precisaria ser possível respeitá-lo e aproximar-se dele²⁴³”.

Isto emana da lógica indiscutível de que a evolução do Estado significa a própria evolução dos seres que o compõem. Para se atingir à formulação de uma sociedade bem ordenada, ou de um Estado bem constituído, tem de se investir imediatamente no indivíduo para que ele se firme como cidadão. Cabe ao direito positivado gradativamente absorver este “ideal moral” e, assim, dar uma feição ao Estado mais conformado aos altos desígnios humanos²⁴⁴.

Por sua vez, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária imputa ao “sócio” não só a intimidade com o significado da liberdade, da justiça e da solidariedade como também a precisão abonada de elevá-las a uma máxima informante de seu anseio, traduzindo-se num exercício rotineira de união, num prisma kantiano. Para isto, há que se designar através da educação e, primordialmente, do exemplo dos autores políticos que gerenciam o dispositivo estatal.

²⁴² SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático - Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.495.

²⁴³ RAWLS, John. **Justiça e Democracia.** Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.76.

²⁴⁴ Ibidem.

O homem é dotado de uma faculdade muito preciosa para os desígnios coletivos, mas extremamente ruinosa para a individuação: sua tendência à repetição. Ruim para a individuação, que sugere no progresso pessoal como um todo, é a má reprodução calcada nos exemplos e modelos extraídos das palavras e ações funestas dos formadores de opinião e dos agentes políticos desleais à Constituição. Ao invés, com a influência e instrumentos que dispõe, sob um suporte educativo desta convergência, que é próprio da pessoa imatura e que é elevada neste país, para se chegar à formação do cidadão-construtor da sociedade ideal, que a Magna Carta tem buscado.

Em relação à educação da população, já asseverava Platão, na verbalização de Sócrates: “Não culpes em demasia a multidão. Ela mudará de opinião se, em lugar de a provocares, a aconselhares²⁴⁵”.

Daí há de se concluir que a corrupção está na razão oposta da solidariedade, que o desemprego é incompatível com a autoestima e, assim também, com a dignidade do existir. O “ideal moral” a ser considerado, vincula-se à autoestima, ponderada como “talvez o mais importante bem primário”.

O que não pode se determinar é uma resposta social aos dilúvios de enganos, falsas promessas e crimes provenientes dos agentes políticos que têm o dever de educar e bem gerir as massas. Numa sociedade como a brasileira, historicamente, o que se vê é uma ação constante e crescente no sentido de derrubar a autoestima do cidadão que está em processo de formação. E dentro do que se pode denominar de “princípio da reflexão”, o homem só pode traduzir aquilo que possui em seu ser, em todas as suas ações se percebe uma condição interior elucubrada. “O discernimento do seu próprio valor é necessário para que eles persigam a sua percepção do bem com satisfação e tenham satisfação em sua realização²⁴⁶”.

A regulação por uma concepção pública ou social da justiça, entretanto, dá uma dimensão mais razoável da liberdade, sem o fantasma sombrio do “princípio da realidade”, frustrante e interminável, apresentado e defendido por Freud. Este entendimento superior da liberdade a ser apreendida e traduzida pelo cidadão-construtor.

²⁴⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009, p.209.

²⁴⁶ Ibidem, p.210.

É a liberdade que sobrepuja o simples capricho individual a propalar uma vontade que quer ser imperante, que tudo quer lançar para si em prejuízo dos outros e do sistema; que se explica em conformidade com o jurídico e, mais aquém, com o justo, o virtuoso. Só assim a sociedade reclamada pela Constituição pode ser acessível, porquanto é vinculada à Justiça Social.

Por sua vez, a sociedade solidária, sobretudo, estar sujeita, para a sua formação, a um ideal superior de coexistência. A solidariedade aumenta o nível moral do indivíduo, transpondo-o a outra condição, não mais de um rival, mas de um irmão, de um parceiro, de um sócio comprometido na mesma iniciativa, no mesmo projeto. Supera o mero utilitarismo abalizado em um cálculo de retorno lucrativo.

Neste sentido, a constituição de um país nos associa num projeto nacional e, se o suscitamos em conjunto, une-nos no espaço dos desejos e estabelece um espaço de acedência mútua no qual se dá a convivência. Convém abrangermos isto bem: sem aceitação mútua não haverá identificações nos desejos e, sem identidade nos desejos, não há concordância na convivência, nem na ação nem na razão e, portanto, não há liberdade social.

Vivemos uma cultura que corrobora a competição e a luta e comumente dizemos que a democracia é o livre debate pelo poder. Isto é um ledo engano, se o que almejamos é uma convivência na qual não apareçam a pobreza, a violência e a opressão como atitude legítima de vida, não existem a concorrência saudável nem a disputa fraternal.

A sociedade livre e solidária causa a consagração da sociedade justa, que é a apropriada distribuição de bens e conveniências, o incitamento à autoestima, a garantia do bem-viver de todos. O lícito está volvido para o coletivo, trata das relações humanas disciplinando-as; a dignidade é encontrada na pessoa para que possa ela melhorar socialmente dentro de um princípio de solidariedade.

A lição que retiramos é que se pode extrair do indivíduo, a partir de suas próprias carências, a sua força, a sua capacidade de agir segundo princípios alçados, lançando-se mão de uma verdadeira “maiêutica política”.

Para Sigmund Freud, a primeira reivindicação da civilização é a da justiça, “a garantia de que uma lei, uma vez inventada, não será infringida em favor de um

indivíduo”. Platão já colocava Sócrates a assegurar que a justiça é o bem mais importante e necessário²⁴⁷.

Após conhecer o intuito de todo conhecimento e de toda atividade, conclui-se que no Estado “a virtude objetivada é a justiça; e isso denota justiça para toda a sociedade”.

A realidade histórica contemporânea estabelece um novo conceito de justiça, não mais engajada a servir os fragmentos pessoais, porém se superando a ponto de se difundir sobre o tecido social num caso harmônico apto a garantir o bem-estar de todos. É a passagem da justiça diferenciada ou pessoal para a justiça social. Esta traz em si a obrigação de se tomar uma visão global da realidade que recuse a discriminação, a repartição de privilégios, a exceção de cidadãos dos benefícios, de oportunidades de crescimento ou realizações pessoais e que fortaleça a autoestima destes cidadãos.

Deve-se levar em conta que o conceito de justiça social é bem mais vasto e abarcante que o de justiça pura e simples, deliberada pelos romanos, mas deve ser finalizado e enriquecido com a definição de outros vários aspectos de seu zelo, para que esta ocorra de maneira ajustada. Pois, o que é pertinente na arena das relações privadas pode deixar de sê-lo no nível das relações sociais.

Da forma como aparece a Justiça Social na Constituição brasileira, pode até induzir que ela é apenas o princípio regente da Ordem Econômica e Financeira e objetivo da Ordem Social.

Por mais que o mundo tenha evoluído materialmente, pouco se alcançou em virtudes deste. Isso é uma realidade notória, pretexto de todas as desventuras que ainda se manifestam no ambiente social. A ausência de virtudes emana da preponderância dos instintos que são formadores de uma base individualista que tudo submerge para a autossustentação do indivíduo. Isto tudo aumenta o aspecto econômico à primeira linha da ação do homem, privado ou coletivamente, governante ou governado, pois ainda não está determinado o problema maior que é o da satisfação imediatista de se ter o satisfatório para viver ou se sentir provido. Por isso, não é fácil suplantarmos o capitalismo liberal, já que este é a imagem lógica da

²⁴⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256.

mentalidade do senso comum dos homens, incapaz de enxergar e vivenciar o bem comum.

A inclusão da Justiça Social como princípio regente de uma Ordem Econômico-Financeira é a tentativa de travar os “ímpetos de insaciabilidade” da elite predominante e apadrinhar ao povo em geral uma vida digna, atribuir um mínimo existencial possível para satisfazer as necessidades básicas de alimento, de trabalho. Acredita-se que, tendo um ganho adequado, o indivíduo terá saúde, moradia, educação e lazer, para si e para os seus familiares.

Agregar o termo “social” ao termo “justiça” tornou-se uma exigência, assim como se fez democracia social. O envilecimento fez com que se evidenciasse um termo novo para velhas e ultrapassadas ideias que não puderam conhecer validade ou revelação plena de seu conteúdo essencial através do tempo. Por outro lado, num ponto de vista mais otimista, o termo “social” se impôs diante da convergência socializante que assume aspectos de solução para os grandes embaraços que o movimento histórico fez surgir.

A edificação de uma sociedade justa como um fim estatal traz mais conflito conceitual, tendo-se que recorrer para a atroz prolixidade de que a sociedade justa precisará ter por base garantidora um princípio de justiça.

Com isto, há de se ressaltar que, diante da natureza curadora da Constituição ora em vigor, que vinculou toda a ordem estatal aos seus princípios, não há ônus à tarefa de guarda, de controle através do Poder Judiciário, papel este de modo eminente, político, no sentido de ser vinculada ao social, ao comunitário, aos interesses coletivos, ao bem-estar coletivo, enfim.

5 A GLOBALIZAÇÃO, O NEOLIBERALISMO E OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

5.1 O processo da globalização e os reflexos no âmbito social

Conforme alude Ianni²⁴⁸, a Revolução Tecnológica, juntamente com o término da Guerra Fria e distensão dos blocos comunista e capitalista, estimulou a globalização. Ela diminui custos, porque comporta a utilização da matéria-prima mais barata, como também da mão de obra e dos maiores estímulos fiscais que existem no globo terrestre. Mas é cruel, porque esse modo de produção unificada não leva em conta as diferenças e dificuldades culturais, econômicas e sociais entre os países fabricantes, aguçando os efeitos do desemprego, da supressão de amplos setores sociais da economia formal e aumentando a desigualdade social.

Conforme ainda Ianni²⁴⁹, o segundo grande evento que cooperou para a globalização foi à ampliação do modelo de crescimento industrial que sobressaiu no pós-guerra, baseado na produção de bens de consumo duráveis, com tecnologias altamente ativas em capital, demandadoras de grande consumo de energia e poluidoras do meio ambiente.

A exaustão do modelo capitalista de crescimento industrial é denominada pelo declínio das taxas de crescimento, bem como da produtividade do capital e das margens de lucro dos países industrializados. Esta situação fez com que se tornasse uma exigência, de um lado, a mudança dos paradigmas tecnológicos e de gestão empresarial visando a elevação dos níveis de produtividade do capital e das margens de lucro e, de outro, promover a integração das economias dos países desenvolvidos com as dos países em desenvolvimento, visando a promoção do seu crescimento.

Pode-se verificar a uma simples consulta na doutrina especializada que não há uma definição clara e satisfatória que possa explicar de forma eficiente os processos de globalização pelo qual estão passando as nações, hoje em dia, no mundo todo.

²⁴⁸ IANNI, OTÁVIO. **A era do globalismo**. 10ª edição, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, p.62.

²⁴⁹ Ibidem.

De acordo com Alcorforado²⁵⁰, o processo de globalização concebe, ainda, uma resposta ao esgotamento do padrão de crescimento capitalista industrial que imperou no pós-guerra, baseado na produção de bens de consumo duráveis, com tecnologias altamente ativas em capital, demandadoras de grande consumo de energia e poluentes do meio ambiente.

Globalização, em acepção ampla, compõe um processo que tem por escopo a integração das nações, em blocos regionais ou não.

A necessidade de integração das economias dos países desenvolvidos com a dos países em desenvolvimento se estabelece porque a sobrevivência do capitalismo em termos mundiais está sujeita não só a uma expansão a nível global, com o fim das barreiras ao comércio internacional. Ela depende a nível global do fim das barreiras ao comércio internacional, da mesma forma, igualmente ao crescimento econômico do mundo em desenvolvimento.

A organização das nações em blocos regionais com objetivo de expansão de mercados e alcance de uma ampliação maior e mais veloz faz parte dos processos de globalização.

A União Europeia é o modelo mais importante, contudo não é o exclusivo. No continente sul-americano, evidencia-se o MERCOSUL, bloco regional originalmente composto pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Todavia, os titulados “Tigres Asiáticos” foram, seguramente, os primeiros a acreditarem no processo de globalização. Porquanto, outro exemplo de globalização mais hodierno é a criação da Área de Livre Comércio Sul-Americana, Alcsa, da qual é intitulada de irmã menor da Alca.

Para alguns economistas, a participação do Brasil na Alcsa, ao invés da Alca, poderia ser “taticamente mais atraente”, tendo em vista impedir a concorrência Norte-Americana no seu próprio mercado.

Dentro desta concepção, o processo de globalização parece advertir no sentido de que as relações de trabalho devem ser modernizadas, para melhor amoldarem uma harmonização a nível regional e quiçá a nível internacional.

²⁵⁰ ALCORFORADO, Fernando. **Globalização**. São Paulo: Nobel, 1997, p.155.

E, também, os investidores internacionais são mais seduzidos, entre outros aspectos, por legislações mais brandas e com menores encargos trabalhistas, isto parece ser uma realidade difícil de rebater.

Com a formação dos blocos econômicos e a presença das empresas transnacionais viabilizando a competitividade no mercado internacional, o processo, ora denominado de globalização, ora de mercado globais, tem resultados baseado na experiência, metodológicas, teóricas e históricas; Seria ingênuo afirmar que a globalização da economia possa ser, em sua essência, benéfica às relações de trabalho, pois reduz o custo da mão de obra e agrava suas condições.

Por ser um confronto que se dá preponderantemente no universo do setor econômico, a globalização preserva a riqueza das nações desenvolvidas e reproduz, em esfera global, as condições de exclusão e submissão dos países periféricos. Por meio das políticas impostas àqueles, por vezes os impede de qualquer possibilidade de independência. A experiência modelo em um bloco econômico tornou-se a U.E., que proporcionou aos seus participantes um mercado comunitário.

De acordo Alcoforado²⁵¹, o processo de globalização ou de integração econômica mundial que se nota na modernização é uma consequência natural do próprio desenvolvimento no capitalismo. De acordo com autor, dois fatores foram contundentes para a mundialização do capital:

O crescimento das organizações multinacionais em todos os territórios mundiais, tanto no setor manufatureiro quanto no de serviços, e a célere expansão dos mercados financeiros mundiais no final dos anos 70, instigados pela desregulamentação e pelo aparecimento das novas tecnologias da informação²⁵².

Segundo Franco Filho²⁵³, durante décadas, os países em desenvolvimento tentaram interferir, sem obter êxito, nos foros multilaterais, especialmente na construção de uma nova ordem econômica internacional. O fato é que, um tanto a sua revelia, essa nova ordem já estava sendo traçada e atualmente recebe o nome de globalização.

²⁵¹ ALCORFORADO, Fernando. **Globalização**. São Paulo: Nobel, 1997, p.158.

²⁵² Ibidem, p.160.

²⁵³ FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. **Globalização do trabalho**: rua sem saída. São Paulo: LTr, 2010, p.33.

Sem renunciar a utopia de que essa nova ordem contestaria somente às forças do mercado, ainda que elas sejam determinantes, e que o poder dos Estados nacionais deixou de ter a mesma força sobre o curso dos eventos, é exatamente o reconhecimento dos "limites" do mercado e da força que determinados países de grandes extensões, como o Brasil e o México, têm para influenciar na condução da globalização econômica, que nos deixa abraçar medidas competentes de contrarrestar os efeitos sociais mais negativos do fenômeno, como o desenvolvimento da disparidade e o aumento do desemprego.

Para fazê-lo, no entanto, os governantes têm de acolher certos pontos da ordem econômica em andamento com realismo e sentido de pragmatismo. A novidade do processo e a velocidade das mudanças exigem formas absolutamente novas de atuar no panorama internacional. Dentre outras:

- Desemprego em massa consequente da modernização dos setores produtivos, deprecada para elevar seus níveis de produtividade e competitividade nos mercados interno e externo;
- Aprofundamento dos desequilíbrios econômicos regionais devido às prerrogativas competitivas existentes nas regiões Sudeste e Sul do Brasil por terem maiores economias de aglomeração, melhor infraestrutura e maior proximidade dos demais países do MERCOSUL;
- Perda do domínio da economia nacional pelo governo federal pela internacionalização das finanças e a intensa infiltração do capital estrangeiro;
- Transferência para fora do País do poder de resolução sobre investimentos e produção de vastos setores econômicos, sobretudo os mais modernos, desnacionalizados com o processo de privatizações;
- Perda da soberania nacional com a subordinação do País às regras da Organização Mundial do Comércio – OMC, ex-GATT, às decisões das empresas industriais e financeiras multinacionais e aos blocos econômicos, dos quais o Brasil faz parte;
- Exclusão social de uma parcela da população brasileira que permanecerá à margem dos frutos do progresso econômico social;
- E finalmente, a iminência de convulsão social com graves consequências de natureza político-institucional.

5.2 Reflexos do Neoliberalismo e da Globalização no Direito do Trabalho

Segundo Franco Filho²⁵⁴, a globalização uniformiza ao mesmo tempo em que diferencia, porquanto a inclinação de diversos analistas e ideólogos é instigar os processos uniformizadores, como se satisfatórios para gerar riqueza e equidade. Os assuntos da diferenciação são cruciais e compõem talvez o cerne da construção de uma expectativa política da globalização. O fato é que, a ação do avanço da desigualdade e da exclusão social que a globalização sugere manter de algum modo, é difícil de combater. Manifesta-se tanto no nível interno dos países desenvolvidos e em desenvolvimento como no nível internacional. O paradoxal é que o aumento da desigualdade se confere justamente num momento em que, com o final da Guerra Fria e com a abertura ao exterior dos regimes socialistas mais empenhados, marchamos para uma uniformização institucional e uma grande convergência universal de valores.

Na dimensão das relações interpessoais, a disparidade passa a ser notada menos como resultado da "exploração capitalista" ou das distorções do modelo de acúmulo, do que das diferenças qualitativas do trabalho, das jurisdições e habilidades inatas ou adquiridas. A desigualdade material é identificada de forma perversa como decorrência de um processo natural de diferenciação entre indivíduos. Essa quebra do sentimento de solidariedade traz penosa repercussão na própria imagem de identidade nacional, como advertiu Robert Reich, o Secretário do Trabalho do Governo Clinton.

Na grandeza das relações interestatais, a disparidade é notada menos como um acontecimento histórico, político, econômico ou cultural, do que como uma insuficiência de adaptação aos novos modelos de produção da economia globalizada ou ao mapa institucional e ideológico nas "nações vitoriosas". Esse esmaecimento da explicação econômica, sociológica, histórica ou ética da desigualdade conduz ao crescimento da impassibilidade e da intransigência com relação aos perdedores, que são qualificados como os exclusivos culpados por seu próprio declínio.

²⁵⁴ FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **Globalização do trabalho**: rua sem saída. São Paulo: LTr, 2010, p.51.

Também no plano das relações entre Estados, passa a predominar o conceito de que o desenvolvimento transita pela realização da "tarefa de casa", pela concepção interna de categorias de concorrência, antes do que pela colaboração internacional para o desenvolvimento, pela mobilização da comunidade mundial na ação contra a marginalização das nações mais carentes. A existência da diversidade e da eliminação passa a ser, ainda perversamente, avaliada como um elemento natural da realidade, perdendo-se uma das grandezas mais importantes do pensamento "conservador" habitual, que é a da solidariedade, da proteção dos mais fracos e desassistidos, em favor do amparo de um valor maior, o da harmonia ou da conformidade do tecido social.

O grande desafio, assim sendo, é ir além do tradicionalismo. Sabemos que é imprescindível retomar os valores comunitários e reconstruir uma ética de solidariedade. No entanto, não é uma empreitada fácil rearticular os instrumentos e instituições que apresentem ativa disposição de tratar com a desigualdade e a exclusão.

De acordo com Reimann²⁵⁵, o tema do avanço do desemprego é outro ponto que tem preocupado a maior parte dos governantes e dos cidadãos, especialmente porque é um fator afrontoso do processo de aprofundamento da desigualdade e da exclusão social.

Algumas comprovações preliminares são fundamentais para evitarmos discorrer o futuro com os olhares retrocedidos ao passado.

A primeira delas é de que já encaramos - e passaremos a enfrentar, além disso, mais o gravíssimo problema do aumento do denominado "desemprego estrutural", consequência tanto da perda de competitividade de certos setores das economias também resguardadas por obstáculos tarifários ou não-tarifários, quase inexpugnáveis, como do ganho extraordinário de produtividade por unidade de trabalho²⁵⁶.

A segunda, já antes assinalada, trata do fenômeno da terceirização da economia que tem colaborado para a transformação do caráter do trabalho em âmbito global. No Brasil, o setor terciário representa, atualmente, mais de 60% do

²⁵⁵ REIMANN, Marcos Francisco. **Cidadania e Contratos Atípicos de Trabalho**: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.264.

²⁵⁶ Ibidem.

total de empregos na economia. Este é um fato relevante no processo decisório dos Governos²⁵⁷.

Os países desenvolvidos não estão isento do problema do desemprego. Entre os membros da OCDE, o desemprego triplicou entre 1970 e 1992, de acordo com dados do noticiário de 1993 sobre Desenvolvimento Humano do PNUD. E por influencia dos movimentos migratórios, os problemas do desemprego, no Norte e no Sul, passaram a entender o agravamento dessa questão²⁵⁸.

O receio dessa gravidade da ocorrência nos países do Norte é que sustenta e motiva algumas tentativas de reação contra o processo de globalização, como é o caso de planos de regionalismo mais fechado ou da conservação de teses como as de "dumping social" ou de "amparo verde". Fatias de mercado arduamente conquistadas pela força da concorrência passam a sofrer taxa adicional discriminatória ou ilegítima, além disso, têm de encarar mecanismos de competitividade desleal, em nítido desrespeito às normas multilaterais, como bem ilustra a questão dos subsídios à agricultura nos países desenvolvidos.

O avanço da desregulamentação e flexibilização das leis trabalhistas, com o esvaziamento do ambiente das ações de trabalho, propiciam múltiplos atores envolvidos na inspeção da iniciativa de várias reações. Compõem manobras diversionista que cooperam ainda mais para fragilizar os Direitos Sociais.

Essa procura de identidade, junto às relações de trabalho, aponta inclusive movimentos de apropriação de um ambiente político já tomado por instituições públicas e sociais, na maioria das vezes em nível local, igualmente submersas em uma crise de identidade sem precedentes diante da proporção da exclusão social, como ocorre nas ações de trabalho infantil; e, ao lado da segurança e saúde do trabalhador, descrevem a elaboração de projetos para transformar a fiscalização do trabalho em um processo de gestão destinado ao setor privado, sem que haja custo algum para as empresas.

Se por um lado esgota-se o campo de relações do trabalho, já que o capital decorreu a atribuir as configurações de contratos e direitos, no campo da segurança e saúde atrofiam-se e multiplicam-se as normas regulamentadoras, compondo-se

²⁵⁷ REIMANN, Marcos Francisco. **Cidadania e Contratos Atípicos de Trabalho**: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.264.

²⁵⁸ Ibidem.

uma considerável incoerência, peculiar dos períodos de transição, no qual se discute a inspeção do trabalho na luta pela sobrevivência e legitimidade.

Observa-se o exemplo do trabalho infantil para uma ponderação sobre a crise do Estado e da fiscalização do trabalho. O trabalho infantil tem sido, de acordo com a história, um dos apontadores mais claros de precarização social, um presságio da intervenção no período da exploração. Deste modo, o trabalho infantil não se compõe um problema em si, mas um indício da gravidade dos problemas estruturais na sociedade, influenciados pela exploração.

Contudo, a preocupação social que se estabelece em torno do problema, que submerge as reações às pressões do mercado para o consumo infantil, sem a ofensiva das suas reais causas, traduzida de uma forma de identificação e transferência da consternação coletiva da sociedade para esses conflitos. Trata-se de uma reação à coibição da mesma ideologia estabelecida para a exploração e exclusão social, não apenas das crianças, mas da maior parte da sociedade. O trabalho infantil introduz-se no subconsciente coletivo como um mártir da insanidade e da alienação completa e, conseqüentemente, insere-se rituais e liturgias exploradas pelos setores com responsabilidade social, até mesmo a inspeção do trabalho, designadas à aflição de uma “culpa coletiva inconsciente”. Destinam-se assim, projetos e aparato estatal e setores do capital alavacados pela mercantilização e globalização.

Destarte, a busca de legalidade e identidade utiliza-se ainda de estratégias que acabam somente por denunciar a progressiva perda da manutenção do sistema de inspeção do trabalho: mesas de entendimento - que mostram a impotência da legislação num conjunto de detrimento do Estado; intervenções políticas sobre a inspeção - para abrandar o seu poder de influência; evidência sobre o trabalho informal e do menor - em vista do abandonado operacional; sistemas de gestão de riscos - se confundido códigos regulamentadores com manuais de gerenciamento, etc.

Um dos grandes exemplos da descaracterização dos direitos sociais e da inspeção do trabalho é o grande número de atendimento, por parte do Judiciário, dos conflitos originários do mundo do trabalho, tema que já tem recebido diferentes abordagens.

Segundo Süsskind²⁵⁹, o Estado, que instituiu o Direito do Trabalho como forma de cultivar a harmonia social, atualmente em favor desse mesmo valor, o está extinguindo em nome da sustentação do emprego, permitem-se evidentes injustiças e em nome de garantias à população, retira-se um de seus instrumentos de amparo.

A abordagem da desregulamentação e flexibilização da legislação do trabalho em um conjunto de probabilidades para a recuperação da inspeção do trabalho sob controle social, induz-nos aos temas vinculados aos direitos sociais bem como aos mecanismos emergentes de controle e mudança social que se disseminam nas sociedades industriais em reação ao conflito global.

²⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.403.

6 A INADEQUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

6.1 Supremo Tribunal Federal: os desafios da aplicação dos direitos fundamentais e sociais versus os direitos políticos da justiça no Brasil

Um dos maiores desafios das sociedades democráticas, hoje em dia, é unir os direitos fundamentais dos direitos sociais, porquanto à medida que sua complexidade se eleva, aumentam-se as exigências sociais e suas reivindicações por melhoria.

O Direito, neste panorama desafiador, pode ser uma ferramenta de transformação social e emancipação do ser humano, quando correspondente pelos movimentos sociais, propulsores e ativadores de respeitáveis esferas do Estado Democrático de Direito.

A eficácia desses movimentos se torna imprescindível na realização dos direitos sociais, seja por meio da participação nos procedimentos de escolha de políticas públicas e na fiscalização da aplicação dessas políticas, seja por intermédio de ações feitas no Judiciário, com o escopo de consolidar esses direitos.

O advento do pós-positivismo, em constante processo de maturidade, beneficia a concretização dos direitos fundamentais, situação que reclama do Estado ora um status negativo, de não interferência nas liberdades individuais, ora uma atitude que demanda um ‘facere’ estatal, por meio da prática de políticas públicas hábeis de satisfazer as necessidades sociais e a dignidade humana²⁶⁰.

Reasseverando o acordo da nova ordem constitucional com os direitos sociais e sua vinculação com o princípio da dignidade humana, Clémerson Clève ensina que: “os Direitos Fundamentais sociais necessitam ser abrangidos por uma dogmática constitucional única, emancipatória, assinalada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana, portanto, com a total efetividade dos comandos constitucionais²⁶¹”.

Nessa acepção, erige-se uma cultura constitucional, na medida em que os valores introduzidos na Constituição passam a acondicionar a legitimidade e o

²⁶⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14, n. 54. São Paulo: RT, jan/mar 2006, p.30.

²⁶¹ Ibidem.

significado das normas infraconstitucionais, refletindo, de forma direta, nas ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assim como nas relações destes com os particulares e, bem mais ainda, nas relações entre privados, segundo ensina Luís Roberto Barroso:

Atinente ao Legislativo, a constitucionalização, primeiramente, restringe sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e em seguida, exige-lhe assinalados deveres no desempenho para efetivação de direitos e programas constitucionais. No que tange à Administração Pública, além de também limitar-lhe a discricionariedade e conferir a ela deveres de atuação, ainda abastece o fundamento de validade para a arte de atos de aproveitamento da Constituição, independentemente da intervenção do legislador ordinário. No que concerne ao Poder Judiciário, inicialmente, serve de base para o controle de constitucionalidade por ele exercido (incidental e por ação direta), assim como, condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Finalmente, para os particulares, situa limitações a sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de ajustar ou a utilização da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a Direitos Fundamentais²⁶².

Presentemente, no Brasil, é raro que uma alteração jurídica não se envolva em certa medida, questões constitucionais e, conquanto de ainda necessitar de uma maior concretização, é evidente que a Constituição de 1988 se tornou uma norma jurídica poderosa, presente nas ações cotidianas dos profissionais jurídicos. Todavia, conquanto de sua força normativa, determinados direitos fundamentais igualmente precisam de maior efetividade, especialmente, os direitos sociais, econômicos e culturais, assim como o direito à saúde, à educação e à habitação. A concretização desses direitos institui um dos enormes desafios da contemporaneidade.

O problema da não eficácia dos Direitos Fundamentais sociais não precisa ser considerado unicamente sob o aspecto da dogmática jurídica, ao contrário, precisa ser investigado sob uma ótica social e político. Sabe-se que a garantia de muitos Direitos Fundamentais estar sujeito a um destino orçamentário que, por conseguinte, é restrita (princípio da reserva do possível). Acastela-se, todavia, que existe um mínimo existencial que precisa obedecer às prioridades do Estado na alocação de suas políticas públicas volvidas à garantia dos Direitos Fundamentais, segundo enfatiza Ana Paulo de Barcelos:

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.207.

Caso os elementos financeiros sejam restringidos, os recursos disponíveis precisarão ser aproveitados, de prioridade, no atendimento dos fins avaliados como essenciais pela Constituição, até que eles sejam efetivados. Os recursos restantes terão de ser designados de conformidade com as alternativas políticas que a deliberação democrática levantar em cada momento. [...] A meta principal das Constituições contemporâneas, e da CF/88 em especial, pode ser sintetizada, como já mencionado, na promoção do bem-estar do homem, onde o ponto de partida está em garantir as condições de sua própria dignidade, que abrange, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os componentes fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão determinando precisamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Somente após atingi-los é que se facultará discutir, respectivamente aos recursos remanescentes, se outros projetos necessitarão investir. O mínimo existencial, como se observa, vinculado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de coexistir produtivamente com a reserva do possível²⁶³.

Além do mais, não se pode esquecer do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, isto é, estas normas são dotadas de eficácia jurídicas e precisam ser interpretadas e aplicadas, procurando sua máxima efetividade, avigorando, deste modo, a efetivação da dignidade da pessoa humana, conforme salientado por Paulo Bonavides:

Qualquer e toda problemática do poder, todo o empenho de legitimação da autoridade e do Estado no trajeto da redenção social tem de transpor, necessariamente, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua amplitude jurídica no sistema constitucional passa a ser, por conseguinte, uma máxima, e se for reconhecidamente um princípio, jamais deve ser outro, a não ser aquele ao quais todos os aspectos éticos da individualidade se acham consubstanciados²⁶⁴.

A Constituição Cidadã, assim sendo, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito formado no princípio da dignidade humana, comina atuações voltadas para a segurança dos Direitos Fundamentais e institui, no país, um sentimento constitucional que revigora a cidadania, estimulando a ação por direitos e potencializando a participação dos brasileiros no campo das decisões. Dessa forma, a Constituição larga mão de ser uma promessa fútil, para adotar um protagonismo ausente de precedentes, no mundo jurídico.

²⁶³ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcel Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007, p.236.

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p.233.

Nessa acepção, a ação por fiança e efetividade de direitos torna-se prioritário nas ações dos movimentos populares, importantes impulsionadores das transformações sociais, levando ao Judiciário novas demandas, de interesses difusos e coletivos, distanciando-se dos padrões habituais de litígio, de caráter individual e privatista.

A respeito do domínio jurisdicional na esfera das políticas públicas e da relevância da Defensoria Pública na materialização dos Direitos Fundamentais sociais, o Supremo Tribunal Federal, principalmente por meio de posicionamentos adotados pelo Ministro José Celso de Mello, vem favorecendo a realização dos princípios constitucionais ao perceber ser aceitável, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, a ação do Poder Judiciário para equiparar a imprópria omissão dos demais poderes estatais na extinção de uma obrigação daquilo que for relacionado ao mínimo existencial da pessoa humana²⁶⁵.

Nesse âmbito, a decisão paradigmática diante da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais foi articulada em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 a qual, pela relevância, faz jus a ênfase inicial²⁶⁶.

Essa ação constitucional foi ajuizada contra a suspensão presidencial a dado dispositivo da proposta de diretrizes orçamentárias que ultimou por ser transformada em lei 10.707/2003. A argumentação é que tal ação estaria agravando a emenda constitucional n. 29/2000 que assegura o aproveitamento de recursos financeiros mínimos nas atuações e serviços públicos de saúde²⁶⁷.

Acontece que, posteriormente, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto que, ao ser convertido em lei 10.777/2003, restituiu em sua totalidade o dispositivo sobre o qual houvera ajuizado o veto parcial debatido. Deu-se com isso a perda incidente do objeto, restando a parte que foi inteiramente prejudicada em seu julgamento, a ação em menção²⁶⁸.

Apesar disso, ao contrário de apenas se restringir a julgar prejudicada a arguição, sem entrar no mérito, o Ministro Relator José Celso de Mello proporcionou

²⁶⁵ BRASIL. **Direitos Humanos, 2008**: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2008, p.22.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

importantes e inovadores posicionamentos a respeito do direito à saúde e do limite aos recursos públicos.

No contexto da legitimidade constitucional do controle e da interferência do Poder Judiciário em questão de políticas públicas, o Relator arguiu que compete basicamente aos Poderes Executivo e Legislativo a responsabilidade de implementá-las. Sendo assim, recomendou, em caso de inércia abusiva dos poderes estatais que venha a afetar a execução das normas constitucionais revestidas de teor programático, a obrigação para intervenção passará a atribuir-se aos órgãos judiciais.

Isso acontece porque a liberdade de adequação das políticas públicas a ser atingida pelos órgãos Legislativos e Executivos não se expõe incondicional, sendo restringida por parâmetros constitucionais.

A ação pertinente à reserva do admissível também foi avaliada na decisão, ficando acordado que não obstante seja indispensável ponderar as possibilidades financeiras do Estado, não se apresentará lícito ao poder público criar impedimentos disfarçados que venham a frustrar o estabelecimento de classes materiais mínimas de existência humana.

Logo, em conformidade com esse entendimento, o ensinamento da observação do possível não pode servir de motivo para omissões eventuais que inviabilizem a promoção daquilo que for pertinente ao mínimo existencial.

Nesse sentido, oportunamente, segue abaixo parte da esclarecedora decisão monocrática do Relator.

[...] Essa ilustre atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em destaque, de modo individualmente significativo, a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se aproximam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, legítimas ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, afetar, de modo intolerável, a retidão da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. O desrespeito à Constituição tanto pode acontecer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A circunstância de inconstitucionalidade pode proceder de um procedimento ativo do Poder Público, que atua ou edita regras em discordância com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, as normas e os princípios que nela se encontram consignados. Esse comportamento estatal, que implica

em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por atuação. - Se o Estado deixar de abraçar as medidas necessárias à efetivação concreta dos preceitos da Constituição, em resolução a torná-los efetivos, operantes e praticáveis, abstendo-se, em consequência, de exercer o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, calhará em infração negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, derivará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência tomada, ou parcial, quando é precária a medida realizada pelo Poder Público. A omissão do Estado, que deixa de desempenhar, em maior ou em menor expansão, a prescrição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como conduta revestida da maior seriedade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desobedece a Constituição. Também ofende direitos que nela se estabeleçam e também evita, por carência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se abrange, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a imputação de estabelecer e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse campo, o encargo convive, principalmente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal encargo, no entanto, ainda que em bases extraordinárias, passará atribuir-se ao Poder Judiciário, e caso os órgãos estatais reguladores, por descumprirem as responsabilidades político-jurídicas que sobre eles recaem, vierem a afetar, com tal procedimento, a eficácia e o ajustamento de direitos particulares e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que provenientes de cláusulas forradas de conteúdo programático. Compete abalizar, presente esse contexto - consoante já apregooou esta Suprema Corte - que o modo programático das normas inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em juramento constitucional contraditório, sob pena de o Poder Público, lograr justas expectativas nele depositadas pela sociedade, trocar, de maneira ilegal, o cumprimento de seu impostergável dever, por um sinal inconsciente de deslealdade governamental ao que gera a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de aferir, no entanto, apontadas tais premissas, significativo destaque ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), especialmente em sede de concretização e implementação (sempre custosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo Adimplemento, pelo Poder Público, fixa e exige, deste, prestações estatais positivas, concretizadoras de tais direitos individuais e/ou coletivos. É que a prática dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradatividade de seu processo de efetivação - esta sujeito, em grande parte, de um inesgotável enlace financeiro submisso às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal maneira que, confirmada, objetivamente, a insuficiência econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, avaliada a limitação material citada, a imediata realização do comando estabelecido no texto da Carta Política. Não se exporá lícito, entretanto, ao Poder Público, em tal pressuposição - mediante imérita manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar impedimento artificial que exponha o ilegítimo, arbitrário e lamentável propósito de lograr, de frustrar e de inviabilizar a afirmação e a cautela, em favor da pessoa e dos cidadãos, de categorias materiais mínimas de vivência. Cumpre lembrar, desse modo, que a cláusula da "ressalva do possível" - lembrada o evento de equitativo motivo objetivamente aferível - não pode ser evocada, pelo Estado, com a intenção de exonerar-se da realização de suas obrigações constitucionais, especialmente quando, desse comportamento governamental negativo, decorrer nulificação ou,

ainda, aniquilação de direitos constitucionais carregados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a apropriada avaliação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovarem): "Em Suma: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que certo bem pode ser estabelecido judicialmente, assim como o magistrado, ao decidir seu provisionamento pelo Estado. Por outro lado, não se pode olvidar que a intenção do Estado ao conseguir recursos, para, em seguida, gastá-los sob a configuração de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é justamente alcançar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta essencial das Constituições contemporâneas, e da Carta de 1988 em especial, pode ser sintetizada, como já divulgado, na elevação do bem-estar do homem, cujo ponto de arrancada está em garantir as categorias de sua própria dignidade, que compreende, além da proteção dos direitos individuais, categorias materiais mínimas de existência. Ao aprimorar os subsídios fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão situando justamente os alvos prioritários dos dispêndios públicos. Apenas após atingi-los é que se poderá aventar, relativamente aos recursos restantes, em que outros projetos se precisarão investir. O mínimo existencial, associado ao estabelecimento de primazias orçamentárias, é competente de coexistir produtivamente com a ressalva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os regulamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de consolidação dos direitos de segunda geração - de implantação sempre custosa -, traduzem-se em um binômio que envolve, de um lado, (1) a razoabilidade da aspiração individual/social descontada em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para contornar eficazes as prestações positivas dele reclamadas. Dispensável é aguçar-se considerado o ônus governamental de tornar eficaz o bom emprego dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos que compõem o mencionado binômio (razoabilidade da aspiração + disponibilidade financeira do Estado) carecem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, distante qualquer desses subsídios, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de concretização real de tais direitos. Não obstante a formulação e a cumprimento de políticas públicas estarem sujeitas de alternativas políticas a cargo daqueles que, por incumbência popular, ganharam investidura em mandato eletivo, compete reconhecer que não se expõe absoluta, nesse aspecto, a liberdade de adequação do legislador, nem a de desempenho do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado atuarem de modo irrazoável ou decorrerem com a clara intenção de paralisar, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando como consequência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto invencível de condições mínimas imperativas a uma existência digna e essenciais à própria coexistência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já ressaltado - e até mesmo por razões estabelecidas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o ingresso aos bens cuja fruição lhes tenha sido de maneira injusta rejeitada pelo Estado. Extremamente conexos, a tal finalidade, as ressalvas de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição atribui ao legislador uma margem substancial de autonomia na demarcação da forma e medida em que o direito social deve ser garantido, o chamado 'livre ambiente de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as leis constitucionais sobre direitos sociais carecem ser abertas para ganhar outra concretização consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A análise dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de execução desses direitos compete,

sobretudo, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em campo reservado a outro Poder para substituí-lo em juízos de conformidade e conveniência, querendo controlar as escolhas legislativas de organização e prestação, a não ser, exclusivamente, quando haja uma transgressão evidente e arbitrária, pelo legislador, da delegação constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais indispensável a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao domínio dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um implemento racional dos respectivos princípios constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais esta sujeita, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador consolidar o teor desses direitos. Muitos autores acham que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa desprovida de alguma atividade de atendimento médico, educação, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não acolhem, até hoje, um compromisso do Estado de aprovisionar diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm compreendido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes abonado aproveitamento adequado como princípios-condição da justiça social. A negativa de qualquer tipo de obrigação a ser exercida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como resultado a abnegação de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) "Em geral, está aumentado o grupo daqueles que avaliam os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e aceitam a intervenção do Judiciário em caso de falhas inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legítimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe

ênfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não tira, ao Relator da causa, o poder de executar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle precedente dos requisitos formais da vistoria normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Assim, levando em autoridade as razões notórias, é coerente julgar prejudicada a presente alegação de inadimplência de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. (...) Tratando de outro caso, em sede de afronta regimental proposto contra decisório que apreciou insulto para negar seguimento ao recurso extraordinário interposto em desfavor de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal seguiu por unanimidade o voto do Relator que recusou provimento ao recurso de agravo²⁶⁹.

Por tal antecedente, foi avaliada a possibilidade de se obrigar judicialmente município a matricular crianças em unidades de ensino adjacentes a sua residência ou do endereço dos seus responsáveis legais.

Assim, ficou assentado, conforme pode ser examinado na ementa abaixo transcrita, que o texto constitucional assevera o vasto acesso à educação infantil, a qual por sua vez, confere ao poder público um dever de criar as condições objetivas que permitam o efetivo acolhimento nas creches e unidades pré-escolares, sob pena de restar configurada omissão estatal, suscetível de frustrar o total adimplemento de proeminente valor constitucional.

Registrou-se então que existindo, por inércia, inadimplência de políticas públicas definidas no bojo da Constituição Federal de 1988, abre-se a possibilidade de uma interferência jurisdicional, com o objetivo de paralisar os efeitos danosos provocados pela não atuação estatal. Em verdade, ao superar as omissões inconstitucionais dos órgãos políticos, o Judiciário simplesmente faz cumprir mandamentos constitucionais.

Fixou-se também a compreensão de que o emprego da teoria da reserva do provável depara com a evidente limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, o qual representa emanção direta do valor da dignidade da pessoa humana.

²⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Direitos humanos. Brasília: Senado, 2013.

Por fim, a resolução enfatiza a importância da atenção ao princípio da interdição do retrocesso social em questão de direitos sociais, além do que distingue a possibilidade de se sobrepor a chamada astreinte no caso de descumprimento da resolução judicial.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE SUJEITA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL JUNTAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ACOLHIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO GARANTIDO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO PRODUZIDA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EFETIVAÇÃO SE FIXA AO PODER PÚBLICO, ESPECIALMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE DELEÇÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, CARÊNCIA DE RECURSOS E A AÇÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - ALMEJADA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR IMPLICAÇÃO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI LEVANTADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE SOLICITAÇÃO EXTREMA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE INJÚRIA IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil simula prerrogativa constitucional indisponível, que, destinada às crianças, a estas garante, para efeito de seu desenvolvimento absoluto, e como primeiro passo do processo de educação básica, o acolhimento em creche e o ingresso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa vantagem jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta acepção social de que se reveste a educação infantil, o dever constitucional de criar categorias objetivas que permitam, de maneira visível, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inadmissível omissão governamental, capaz a frustrar, de maneira injusta, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestamento estatal que lhe conferiu o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por classificar-se como direito fundamental de toda criança, não se mostra, em seu processo de concretização, a avaliações puramente discricionárias da Administração Pública nem se dependente a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que agirão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão exonerar-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi concedido pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que concebe fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas alternativas, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser desempenhadas de

modo a afetar, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito fundamental de caráter social. - Ainda que inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a vantagem de formular e realizar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em alicerces singulares, gerar, notadamente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas praticadas, sempre que os órgãos estatais adequados, por descumprirem as responsabilidades político-jurídicas que sobre eles advêm em caráter impositivo, vierem a afetar, com a sua omissão, a eficácia e a probidade de direitos sociais e culturais impregnados de estatuta constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECIDIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGÍTIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de exercer, total ou parcialmente, o dever de praticar políticas públicas determinadas no próprio texto constitucional - infringe, com esse procedimento negativo, a própria inteireza da Lei Fundamental, incitando, no âmbito do Estado, o inquietante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as obrigações constitucionais exprime inaceitável gesto de preterição pela autoridade da Constituição e configura, portanto, comportamento que deve ser impedido. É que nada se desvenda mais danoso, perigoso e ilegal do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir inteiramente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito menor de torná-la aplicável unicamente nos pontos que se expõem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em prejuízo dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e assentadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos prejudiciais e perversos, que, gerados pela omissão estatal, nada mais demonstram senão inadmissível ofensa a direitos básicos que a própria Constituição da República garante à generalidade das pessoas. Anteriores.

A POLÊMICA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente insuficientes, faz instaurar casos de confusão, quer com o implemento de políticas públicas deliberadas no texto constitucional, quer, ainda, com a oportuna implementação de direitos sociais garantidos pela Constituição da República, daí decorrendo contextos de antagonismo que atribuem, ao Estado, a incumbência de superá-los mediante escolhas por assentados valores, em prejuízo de outros do mesmo modo acentuados, constrangido, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela carência de disponibilidade financeira e orçamentária, a derivar as verdadeiras “opções trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, edificado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em expectativa a intangibilidade do mínimo existencial, em alvará a atribuir real efetividade às normas programáticas positivadas na favorável Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da observação do possível - que não pode ser chamada, pelo Poder Público, com o intento de lograr, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas determinadas na própria Constituição - encontra invencível limitação na caução constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do impetrado da essencial dignidade da pessoa humana. Princípio. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que deriva, por implicitude, de determinados princípios constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), abrange um complexo de imunidades cuja concretização revela-se capaz de avalizar condições apropriadas de vivência digna, em ordem a garantir, à pessoa, acesso real ao direito geral de liberdade e, além disso, a prestações positivas oriundas do Estado, viabilizadoras da plena

fruição de direitos sociais fundamentais, tais como o direito à educação, o direito à proteção total da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à subsídio social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A DEFESA DO RETROCESSO SOCIAL COMO ENTRAVE CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da defesa do retrocesso evita, em tema de Direitos Fundamentais de cunho social, que sejam desconstituídas as conquistas já obtidas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) manifesta, no processo de concretização desses Direitos Fundamentais individuais ou coletivos, entrave a que os graus de concretização de tais direito, uma vez alcançados, venham a ser ulteriormente restringidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em decorrência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, toma o dever não só de torná-los eficazes, mas, também, se sujeita, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante cerceamento total ou parcial - os direitos sociais já consolidados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste entrave jurídico-processual ao emprego, contra entidades de direito público, da multa cominativa antevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coerciva - tem por intuito específico forçar, validamente, o devedor, mesmo que se atente do Poder Público, a exercer o preceito, tal como determinado no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência²⁷⁰.

Abrangendo o mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal pronunciou acórdão negando cautela a recurso de insulto regimental interposto contra decisão de sua presidência, a qual indeferiu requerimento de suspensão de tutela antecipada, por não ter sido verificada grave prejuízo à ordem, à economia e à saúde públicas.

Em tal circunstância, de acordo com a Corte Constitucional, a atual portadora de uma patologia neurodegenerativa incomum, evidenciou não possuir condições financeiras para suprir com os custos do tratamento medicamentoso capaz a deter o avanço da doença ou a permitir alguma melhoria em sua qualidade de vida.

Assim, produzida a negativa dos entes políticos, o Presidente do Supremo Tribunal Federal sustentou antecipação de tutela recursal deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para gerar ao ente estatal que fosse provisionado o medicamento apropriado em benefício da paciente.

Dessa decisão, a União interferiu recurso de agravo ao plenário do Supremo Tribunal Federal afirmando que a negativa de manutenção do medicamento

²⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Direitos humanos. Brasília: Senado, 2013.

pautava-se, dentre outros fatores, numa suposta transgressão ao princípio da separação dos poderes estatais e na premissa de que a significação de políticas públicas competiria somente à administração, de modo que seria inadmissível interferência dos órgãos jurisdicionais nessa questão. No entanto, o recurso foi improvido por unanimidade.

Vale destacar, dado a força jurídica, o voto articulado pelo Ministro José Celso de Mello, cujo espaço é adiante citado: o qual propugna que a renúncia governamental em atribuir eficácia ao Direito Fundamental à saúde explica uma intervenção jurisdicional que esteja prudente ao compromisso de concretizar os valores constitucionais.

Assim sendo, completa o mesmo que não se pode aceitar recusa dos órgãos políticos em exercer as diretrizes projetadas pelo legislador constituinte, sob pena de aniquilação de Direitos Fundamentais umbilicalmente pautados à prevenção de uma vida digna, caso do direto constitucional à saúde.

O Ministro então dispõe que entre resguardar a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer predominar, contra essa vantagem, um mérito financeiro secundário, é conciso propor por aquela opção que prevalece o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Observa ainda o mencionado julgador que o caráter programático da norma constitucional relevante do direito à saúde não pode ser transformado, por um ato irresponsável de infidelidade governamental do poder público ao que motiva a própria Lei Fundamental, em mero compromisso imprudente do legislador constituinte.

Assim articula que, o desprezo pela Constituição Federal deve ser rebatido de forma que, em respeito a sua autoridade e a fim de dar eficaz concreção aos valores constitucionais sociais, será sucessivamente aceitável a ascensão por meio do Poder Judiciário nas circunstâncias em que for verificada uma arbitrária inércia estatal, visto que as prestações positivas estatais são indispensáveis para a concretização das normas constitucionais.

Por fim, faz jus a menção, verificado precedente no qual o Supremo Tribunal Federal realça a crucial importância da atuação da Defensoria Pública para a efetivação de Direitos Fundamentais. Isso se deu na Ação Direta de

Inconstitucionalidade sugerida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos em que foi interrogada a validade jurídico-constitucional de lei complementar estadual, por suposta infração a determinados princípios estabelecidos em Lei Complementar Federal que nomeia normas gerais para a coordenação, nos estados-membros, da Defensoria Pública²⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, contemplou procedente essa ação direta, nos termos do voto do Relator, Ministro José Celso de Mello, cujo excerto é descrito a seguir: com relação à expressiva importância de que se reveste a Defensoria Pública nos planos jurídicos, político e social, o juiz realça que esta instituição atua como um essencial instrumento na orientação legal e na defesa das pessoas desassistidas e carentes, sendo assim categórico para o desempenho aceitável da atividade jurisdicional do Estado. E nesse sentido, é definitivamente inadmissível, complementa o citado Ministro, cortar os desprovidos, já alcançados pela marca da exclusão social, do acesso a uma efetiva direção jurídica e integral assistência judiciária. Enfim, a concretização dos direitos e liberdades de pessoas necessitadas e desprovidas depende substancialmente das ações relativas à Defensoria Pública, tendo em vista a ajuda, apoio e aparato institucional que a instituição propicia aos milhões de carentes que se deparam à margem das conquistas jurídicas e sociais (BRASIL, 2012).

Dando prosseguimento ao seu juízo, o Relator prescreve que a Defensoria Pública atua como essencial fator de viabilização dos demais direitos, o que avigora sua importância jurídico-institucional e político-social. Pontua ainda que, os desprivilegiados sociais, marginalizados que são do sistema jurídico nacional, são detentores do direito de serem aceitos como pessoas nomeadas de dignidade, pois unicamente com a atribuição a todos do presente respeito social, poder-se-á tornar uma sociedade igualitária, justa e solidária, fazendo com que seja ultrapassada a situação de injusta heterogeneidade socioeconômica a que se acham expostos amplos segmentos da sociedade.

²⁷¹ BRASIL. **Direitos Humanos:** A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2008, p.36.

6.2 Funcionalidade legislativa no estado democrático de direito

No Brasil dos últimos anos, embora tenha passado por muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, usufrui de inegável notoriedade. Salvo por litígios ligados ao uso elevado de medidas provisórias e ainda poucas outras, é limitada a sobreposição entre Executivo e Judiciário, não assim, porém, no que tange ao Congresso Nacional.

Nos últimos anos, um persistente conflito de representatividade, legalidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem sustentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de resoluções que aprovisionam omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Assim sendo, é inquestionável o papel do Poder Judiciário na materialização dos comandos constitucionais, nomeadamente, no Estado Democrático de Direito, no qual se entende um sensível deslocamento no universo de decisões do Legislativo e do Executivo para o nível da Justiça Constitucional.

No Estado Democrático de Direito, o foco de conflito retorna para o Judiciário. Inércias do Executivo e ausência de desempenho do Legislativo passam a poder ser abastecidas pelo Judiciário, precisamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que formou o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo plenamente exercida, posto que as normas-programa do Texto Legal não estão sendo devidamente cumpridas. Por isso, na ausência de políticas claras cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, nasce o Judiciário como órgão para o resgate dos direitos não exercidos. Por isso, a inexorabilidade desses 'sensível deslocamento', antes mencionado, com todos os cuidados que isso sugere²⁷².

Três posições podem ser contrárias à judicialização e, principalmente, ao ativismo judicial no Brasil Streck²⁷³. Nenhuma delas extingue a importância de tal desempenho, mas todas têm direito a consideração séria. Os julgamentos críticos se agrupam nos riscos para a legalidade democrática, na politização imprópria da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Tais objeções foram mencionadas abaixo:

²⁷² STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.54-55.

²⁷³ Ibidem, p.55.

1) Riscos para a legitimidade democrática

Os representantes do Poder Judiciário, tais como: Juízes, Desembargadores e Ministros, não são dirigentes públicos nomeados pelo povo. Ainda que não apresentem o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais cumprem, inegavelmente, um poder político, até mesmo o de anular atos dos outros dois Poderes.

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma resolução do Presidente da República, sufragado por mais de 40 milhões de votos, ou do Congresso, cujos 513 membros foram eleitos pela vontade coletiva, é identificada na conjectura constitucional como problema contramajoritária²⁷⁴.

Onde estaria sua validade para anular decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram indicados pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo procede, simplesmente, do fato de que a Constituição brasileira imputa expressamente esse poder ao Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal. A maioria dos Estados democráticos disponibiliza uma parcela de poder político para ser desempenhada por agentes públicos que não são angariados no contexto eleitoral, e cujo desempenho é de caráter técnico e imparcial.

De acordo com a ciência tradicional, os magistrados não possuem vontade política própria. Pois, ao aplicarem a Constituição e as leis, estão efetivando resoluções que foram adotadas pelo constituinte ou pelo legislador, ou seja, pelas pessoas que representam o povo. Essa afirmativa, que respeita a lógica da divisão de Poderes, deve ser acolhida com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não exercem uma atividade legitimamente mecânica²⁷⁵.

Na medida em que lhes compete atribuir significado a expressões vagas, fluidas e indefinidas, como dignidades da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitos casos, coparticipantes do processo de concepção do Direito. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para

²⁷⁴ GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.330.

²⁷⁵ Ibidem.

o desempenho do Judiciário na vida institucional é um pouco mais elaborada, e de mais facilidade de compreensão.

A cada decisão judicial, se estabelecem determinações que poderiam ser desenvolvidas até se chegar a um sistema de relações abstratas de precedência. Com isso, a segurança jurídica estaria protegida. Este sistema, ainda, não vedaria a hipótese de novas decisões, sempre que presentes novos elementos a serem ponderados, e desde que presente uma carga argumentativa capaz de reverter o entendimento anterior²⁷⁶.

O Estado constitucional democrático, como o nome indica, é produto de duas ideias que se vincularam, mas não se confundem no entendimento. Constitucionalismo significa poder restrito e reverência aos Direitos Fundamentais; o Estado de direito como expressão da razão. Já democracia expressa soberania popular, governo do povo. O poder formado na vontade da pluralidade. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem aparecer circunstâncias de crise e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição necessita exercer dois grandes papéis. Um deles é o de instituir as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se sintetiza ao princípio majoritário. Se existir oito católicos e dois muçulmanos em um recinto, não poderá o primeiro grupo decidir jogar o segundo pela janela, pelo fato de estar, simplesmente, em maior número. Aí está a segunda grande função de uma Constituição: resguardar valores e Direitos Fundamentais, mesmo que em oposição à pretensão de acordo com as circunstâncias de quem adquire mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Sua função é observar regras do jogo democrático e pelos direitos essenciais, operando como um fórum de princípios, não de política e de agente público, não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou percepções de cunho religioso²⁷⁷.

Assim sendo, a jurisdição constitucional desempenhada com eficácia constitui uma segurança para a democracia. Atribui-se, no entanto, uma nota final. A

²⁷⁶ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.58.

²⁷⁷ GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.331.

autoridade da Constituição e do Judiciário sendo intérprete maior jamais pode anular, por evidente, a política, o governo da maior parte, nem a função do Legislativo.

A Constituição não pode estar conectada à rede e fazer uso da conexão a todo o momento²⁷⁸. Advertidos os valores e objetivos constitucionais, incumbe à lei, aplicada pelo parlamento e abonada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as díspares visões alternativas que distinguem as sociedades pluralistas. Por esse motivo, o STF deve ser diferente para com as decisões do Congresso. Com restrição do que seja essencial para defender a democracia e os Direitos Fundamentais. Juízes e tribunais não podem julgar além de si mesmos, como nenhuma pessoa deve, impondo suas preferências e vontades. Só agem, legitimamente, quando forem competentes de fundamentar racionalmente suas decisões, com alicerce na Constituição.

2) Risco de politização da Justiça

Direito é política, anunciava ceticamente à doutrina crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e superioridade. Apesar do refluxo das percepções marxistas na situação atual, é sem dúvida que não subsiste no mundo contemporâneo a crença na imagem liberal-positivista de objetividade integral do ordenamento e de neutralidade incondicional do intérprete. Direito não é política. Apenas uma visão distorcida do mundo e das instituições perpetraria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e lícito à vontade de quem detém o poder.

Em uma cultura pós-positivista, o Direito se acrescenta a Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da integridade e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas apreciações são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a incriminação de que é política e não jurídica. Não é aceitável ignorar, contudo, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é límpida e, seguramente, não é fixa²⁷⁹.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.564.

A duplicidade refletida na citação anterior do autor Bonavides²⁸⁰ atribui à denominação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que sua concepção é fruto da vontade da maioria, que se demonstra na Constituição e nas leis. O seu bom emprego não é dissociado da realidade política, dos fins que produzem no meio social e dos sentimentos e esperanças dos cidadãos; Juízes não são indivíduos sem memória e sem vontade, livres do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, portanto, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que ordena.

A Constituição faz a ligação entre o universo político e o jurídico, em um empenho para submeter o poder às divisões que movimentam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua explicação, portanto, sempre terá uma extensão política, ainda que demarcadas pelas possibilidades e limites que foram proporcionados pelo ordenamento ora em vigor.

Evidentemente, Direito não é política no significado de admitir alternativas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande oponente do constitucionalismo²⁸¹. O banqueiro que ofertou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico desigual do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser resguardada de modo mais intenso do que a de quem permaneça com a minoria.

O ministro do tribunal superior, designado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude de nada deliberar contra o mérito de quem o investiu no cargo. Outra advertência é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial nunca será política no sentido de livre opção, de discricionariedade integral. Mesmo nas situações que, em questão, admitem mais de uma solução razoável, o juiz deverá procurar a que seja mais apropriado, mais equitativa, à luz dos subsídios do caso real. O dever de motivação, mediante a colocação de argumentação lógica e persuasiva, é um desenho distintivo acentuado do papel jurisdicional e dá a ela uma peculiar legitimação²⁸².

Quando se discutiu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt despertaram um célebre e intransigente debate teórico

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.48-49.

²⁸² Ibidem, p.49.

acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Oposto à existência da jurisdição constitucional, Schmitt asseverou que a aspiração de judicialização da política iria se corromper em politização da justiça²⁸³.

No geral, seu prenúncio não se cumpriu e a fórmula constituída no controle judicial de constitucionalidade se difundiu pelo mundo com amplo sucesso. Naturalmente, As notas registradas no capítulo anterior não de ser consideradas com bom senso, para que não se estabeleça um padrão juriscêntrico e elitista, orientado por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe lembrar que o juiz:

(i) só deve atuar em nome da Constituição e das leis, e não por pretensão política própria; (ii) deve ser imparcial para com as decisões razoáveis adotadas pelo legislador, respeitando a presunção de legitimidade das leis; (iii) não deve perder de vista que, ainda que não eleito, o poder que cumpre é representativo (e provém do povo e em seu nome deve ser cumprido), razão pela qual sua atuação deve estar em harmonia com o sentimento social, na medida do possível²⁸⁴.

Aqui, contudo, Existe uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em alguns casos, terão de agir de modo antagônico. A defesa e a promoção dos Direitos Fundamentais, mesmo opostas à vontade da maioria política, é uma espécie de funcionamento do constitucionalismo democrático²⁸⁵. Assim, a intercessão do Judiciário, nessas circunstâncias, sanando uma omissão legislativa ou revogando uma lei inconstitucional, dá-se em prol e não indo de contramão com a democracia.

3) A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se forma em um modelo de divisão de Poderes. As funções estatais de legislar (instituir o direito positivo), gerir (concretizar o Direito e oferecer serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas conjecturas de conflito) são conferidas a órgãos distintos, especializados e autônomos.

²⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos Direitos**: Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.92.

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.511.512.

²⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.58.

Não contrário, Legislativo, Executivo e Judiciário cumprem um controle mútuo sobre as atividades de cada um, de forma a evitar o surgimento de instâncias hegemônicas, aptas de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais (STF - RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO)²⁸⁶. Observa-se que os três Poderes ilustram a Constituição, e sua atuação deve acatar os valores e promover os fins nela previstos. Na disposição institucional em vigor, em caso de discordância na interpretação das regras constitucionais ou legais, a decisão final cabe ao Judiciário. Essa preferência não significa, entretanto, que todo e qualquer assunto deva ser resolvido em um tribunal. Nem muito menos autêntica a soberba judicial.

A doutrina constitucional moderna tem procurado duas ideias que fazem jus ao registro: a de capacidades institucionais e a de implicação²⁸⁷. Capacidade institucional compreende a determinação de qual Poder está mais diplomado a tomar a decisão mais apropriada em certa matéria.

Questões envolvendo exterioridade técnicas ou científicas de grande complicação podem não ter no Juiz de Direito o árbitro mais qualificado, por carência de informação ou ausência de conhecimento. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre manterão a sua competência para a declaração definitiva. Mas em circunstâncias como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as amostras do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos arbitrários dotados de razoabilidade. Em assuntos como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que haja estudos técnicos e científicos apropriados, a questão da competência institucional deve ser analisada de maneira criteriosa.

Também o risco de fins sistêmicos inesperados e indesejados pode indicar, em certos casos, uma posição de prudência e consideração por parte do Judiciário. O magistrado, por competência e treinamento, normalmente estará preparado para desempenhar a justiça do caso real, a microjustiça²⁸⁸. Ele nem sempre dispõe das informações, do momento e nem mesmo do conhecimento para ponderar o impacto de determinadas resoluções, pronunciadas em processos individuais, sobre a coisa

²⁸⁶ Ibidem, p.513.

²⁸⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14, n. 54. São Paulo: RT, jan/mar 2006, p.39.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.51.

de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Também não é passível de responsabilização política por opções impetuosas. Exemplo alegórico nessa matéria tem sido o campo de saúde.

Ao lado de interferências necessárias e importantes, tem gerado uma abundância de decisões insensatas ou emocionais em assunto de medicamentos e terapias que põem em risco a própria continuação das políticas públicas de saúde, desordenando a atividade administrativa e afetando a alocação dos insuficientes recursos públicos²⁸⁹. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre precisa intervir. Ter uma ponderação criteriosa da própria habilidade institucional e escolher por não praticar o poder, na autolimitação automática, antes aumenta do que diminui.

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido²⁹⁰.

A objeção à fundamentalidade dos direitos sociais ampara-se no argumento de que é uma particularidade destes direitos a indeterminação de seu conteúdo constitucional, o que, em tese, não se verificaria no caso dos direitos de liberdade²⁹¹.

Ora, não é menos verdade que os direitos de liberdade sofrem uma indeterminação similar aos direitos sociais no plano constitucional. Para Novais, o conteúdo protegido pela norma de direito fundamental apresenta-se, no texto da Constituição, apenas *prima facie* definido – como resultado da aplicação de mecanismos de interpretação das normas²⁹².

Com isso, entende-se que o Poder Judiciário pode desempenhar um proeminente papel na efetividade dos Direitos Fundamentais, ao reverter o pseudo

²⁸⁹ Ibidem, p.52.

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina (2007), p.788. <https://www.passei.com/arquivo/44109/teoria-geral-dos-direitos-fundamentais-/10>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

²⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 291.

²⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 427.

estilo programático dos direitos sociais em direitos reais, pois o domínio judiciário constitui, antes, um campo de luta das manifestações públicas, ganhando impulso e legitimação com os atos desses sujeitos de direitos, visto que o juiz igualmente se situa no contorno dessas transformações, sendo ele mesmo um fruto da história de sua época.

7 O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

7.1 O empregado e a empresa: direitos e deveres em desequilíbrio correlação

O trabalho humano não deve ser enfrentado como tema de aberta disposição, o trabalho objeto superior, é componente efetivo que avaliza a sustentação de toda sociedade e da cadeia produtiva de uma nação. Neste sentido, o Estado que tomou para si a tutela dos processos e o amparo dos direitos, deve instituir meios para resguardar o trabalhador de forma individual, especialmente a sociedade, como um só organismo, que depende da valorização do trabalho para crescer.

Diante deste aspecto, o Poder Judiciário consciente da sua função como elemento da sociedade que é, vem garantir a proteção jurídica com vistas à precaução e à reparação dos danos morais sofridos pela coletividade.

Diante das circunstâncias sociais, que zela pela superioridade dos interesses sociais, a Justiça do Trabalho inova enquanto se amolda à seara trabalhista dos fundamentos do dano moral coletivo promovendo a efetividade nos esforços a prejuízos suportados pelos trabalhadores e, conjuntamente, responsabilizando as empresas que geram essas lesões, impondo-lhes sanções civis de caráter pecuniário associado às obrigações de fazer, aptas de prevenir novas reincidências.

A legislação brasileira avalia novos instrumentos processuais aptos a promoverem o amparo aos interesses difusos, individuais, homogêneos e coletivos, reunidos à postulação de reparação de danos morais, nos termos do artigo 1º, IV da Lei nº 7.347/85, artigo 5º, V e X da Constituição Federal de 1988 e artigo 6º, VI da Lei nº 8.078/90.

A reparação de danos em razão da prática de dano moral coletivo tem seu alicerce na prevalência dos direitos coletivos em justaposição aos direitos individuais. A imputação de penalidades a empresas que adotam essa prática como estratégia de mercado vem tornando-se uma conquista na preservação dos direitos coletivos.

Trata-se de “dano social” quando os preços reduzidos dos bens derivam do fato das empresas produtoras estarem estabelecidas em países onde não são exercidos os direitos humanos mais rudimentares, assim como direitos dos

trabalhadores internacionalmente reconhecidos, com isso os custos sociais da mão de obra são extremamente baixos permitindo, por conseguinte, um decréscimo artificial dos preços produzidos em condições laborais espúrias, que vão contra a dignidade humana.

Ocorre que, este tipo de dano coletivo existe devido à ausência de uma regulação trabalhista internacional, cedendo espaço para um “mercado das legislações trabalhistas”. Em alguns países, estas são mais rigorosas ou mais brandas de acordo com o Estado, surtindo um efeito de incentivar ou repelir a entrada de multinacionais em seu território, sendo um componente considerado pelas empresas ao cogitarem as possibilidades de implantação das suas empresas.

A valorização do trabalho mencionado no apontamento dos fundamentos da República Federativa do Brasil vem, no contexto atual, adotando tamanho grau de importância frente às garantias de afirmação dos direitos humanos, reafirmando a representação do Estado Democrático de Direito.

O trabalho é, indubitavelmente, parte integrante dos elementos da dignidade da pessoa humana, e assim sendo, a condição de trabalhador no contexto das relações de trabalho deve ser reconhecido como função social por paridade à condição do exercício absoluto de cidadania.

No direito brasileiro já se encontra solidificado o cabimento do dano moral em seu aspecto individual, visto que o texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X, garante a reparação civil quando da violação de certos direitos²⁹³.

Com o direito e a sociedade instáveis, o seu dinamismo suscita novas necessidades de acordo e ao tempo em que os fatos se desencadeiam. A sociedade, pela sua natureza política é formada, comumente, por grupos que se organizam por diversos motivos, em consequência desta formação, partilham direitos e obrigações comuns, ou seja, são sujeitos passivos de violências que refletem em toda a sociedade. De fato, a partir dessa pressuposição, deve-se distinguir a conformidade e a tutela do dano moral em seu aspecto coletivo.

Deste modo, o reconhecimento do dano moral coletivo pela justiça brasileira pauta-se pela existência percebível de uma moral decorrente de uma coletividade

²⁹³ ANAMATRA. **Enunciado nº. 4.** Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

passível dessa lesão, no sentido que direitos fundamentais são infringidos, visto que o sentimento de coletivização dos direitos provenientes da sociedade de massa solidifica-se a cada dia dentro do contexto social presentemente estabelecido.

Nesta expectativa de pensamento que a teoria do dano moral coletivo, no campo da Justiça do Trabalho, teve sua procedência, sob o contexto de globalização da economia, da ampliação dos mercados e da concorrência entre empresas diante da proteção individual e coletiva dos trabalhadores.

ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas), ao analisar a tese do dano moral coletivo, instituiu em seu texto nº 4 da 1ª Jornada do Direito e Processo do Trabalho: As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas provocam um dano à sociedade, pois com essa prática ignora-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a vantagem indevida diante da concorrência²⁹⁴.

A doutrina vem seguindo a transformação do dano moral para o domínio coletivo. Sobre o instituto, doutrina Bittar Filho, definindo o dano moral coletivo como:

A injusta lesão da esfera moral de uma determinada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um dado conjunto de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se referindo ao fato de que o patrimônio valorativo de uma comunidade foi violado de maneira injustificável do ponto de vista jurídico: isso quer dizer, em última acuidade, que se transgrediu a própria cultura em seu aspecto imaterial²⁹⁵.

O dano moral coletivo deve ser percebido como sendo a violação de direitos de grupos sociais, devido ao grau e a expansão dos direitos violados, da própria sociedade como um só organismo.

É imprescindível ressaltar que a concepção de dano moral coletivo nas relações de trabalho é decorrente do reconhecimento dos direitos sociais diante da sociedade como um só organismo possuidor de direitos e obrigações. Assim, tem-se

²⁹⁴ ANAMATRA. **Enunciado nº. 4**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

²⁹⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994, p.45.

que esta técnica pode atingir tanto os indivíduos tidos como participantes de um grupo, quanto os direitos cuja titularidade o grupo detêm.

Partindo da análise destes conceitos, utilizados pela Justiça do Trabalho, pode-se extrair a profundidade deste instituto. De tal forma, acredita-se que a lesão moral coletiva deriva não apenas da violação de direito difuso ou coletivo, mas de toda violação legal cuja importância faça ampliar os efeitos para além dos alcances do individualismo, trazendo indignação social.

Ainda afirma Bittar Filho, para que o dano moral coletivo esteja qualificado, é imprescindível à presença das seguintes condições:

- (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica;
- (2) a afronta significativa e inaceitável a interesses extrapatrimoniais, identificados no caso real, reconhecidos e compartilhados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas titulares de tais interesses resguardados pela ordem jurídica);
- (3) a percepção do dano ocasionado, correlativo aos resultados que, deste fato, surgem coletivamente, manifestados pela sensação de menosprezo, de indignação, de aversão, de inferioridade, de abjeção, de desânimo, de aflição, de rebaixamento, de consternação ou atinente a qualquer outra consequência de estimável fundo negativo;
- (4) o nexo causal notado entre a conduta ofensiva e a lesão socialmente abrangida e rejeitada²⁹⁶.

Curioso se faz explanar que, o dano moral coletivo não está restrito exclusivamente à dor e ao sofrimento que a conduta causa à Sociedade. A sua influência vai além, visto que as condutas compreendem toda e qualquer ação que, de algum modo, inutilize o desenvolvimento regular da sociedade ou aponte ao incentivo na formação de conflitos dentro do grupo social.

A prática acirrada do dano moral coletivo pelas empresas tem comprovado uma reação positiva da Justiça do Trabalho, ao perceber que este comportamento configura dano moral coletivo, assinalando ato ilícito por exercício eventual dos direitos sociais e econômicos, nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro (CC). Deste modo, por meio deste entendimento, ainda que, infelizmente, o Brasil não disponha de legislação específica designada a refrear a conduta elucidada algures, desde 2007, a ANAMATRA vem recomendando a aplicação de

²⁹⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994, p.55.

indenizações suplementares nos modelos do parágrafo único do artigo 404/CC, como sendo opção eficaz e pedagógica, vislumbrando penalizar empresas partidárias das violações aos direitos trabalhistas, coibindo, assim, a sua ocorrência²⁹⁷.

Entretanto, o problema do dano moral coletivo é encarado, sobretudo, pelos países desenvolvidos que adotam e observam uma legislação trabalhista rígida.

Esses países têm compreendido que arranjos institucionais que ajudaram a resguardar seus trabalhadores, durante as décadas de 50 e 60, transformaram-se em grandes obstáculos hoje em dia, demonstrando que o abuso de rigor aniquila empregos, levando os capitais a gerar oportunidades de trabalho onde há mais flexibilidade e estão padecendo hoje as consequências do dano moral coletivo. Os salários de muitos americanos estão sendo definidos pelos chineses. Diante desse panorama, encaram duas consequências ocasionadas por esse fato: o desemprego e a perda de mercado em razão do custo de seus produtos.

Para tratar com o problema, têm-se procurado duas possibilidades: a primeira incide em flexibilização das normas trabalhistas por parte dos países ricos. E, a segunda possibilidade versa em uma manobra, por parte dos países ricos, para alcançar uma elevação de salários e melhoria das condições de trabalho dos países mais pobres, ocultando o anseio de proteger suas próprias economias por trás de um discurso ajustado em “razões humanitárias”, embasada no combate contra o trabalho infantil e na defesa dos direitos humanos.

Essa segunda probabilidade tem sido a mais viável para os países ricos que têm investido intensamente nesse discurso, intentando elevar essas alterações para órgãos internacionais como o GATT e a OMC, pressionando para a inserção de “cláusulas sociais” nos novos tratados, além de visarem comedimentos contra o dano moral coletivo conduzindo a discussão para a OMC, afirmando prática desleal de comércio internacional, esquecendo o discurso humanista e centralizando no âmbito comercial.

Em esfera mundial, nenhum país se nega a evoluir na direção desses direitos reivindicados, eles discordam na maneira de implementá-los. Grupos empresariais

²⁹⁷ ANAMATRA. **Enunciado nº. 4.** Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

dos países desenvolvidos querem impô-los pelos caminhos das penalidades comerciais, enquanto que os países mais pobres anseiam chegar a eles por meio do próprio desenvolvimento, como feito sucede nos países ricos.

7.2 Exemplos trabalhistas e os sujeitos de direito público interno e externo

Sendo um dos temas mais controversos nas negociações da OMC, a adoção de uma cláusula social em seus tratados reflete o quanto o episódio designado de globalização e o comércio internacional mudaram o mundo.

A cláusula social é uma tentativa de atenuar os efeitos incididos da alta competitividade do sistema capitalista, atribuindo o respeito a direitos e condições básicas do trabalhador. Seu teor refere-se exclusivamente às condições de trabalho e não aos salários.

Segundo Dalton Caldeira Rocha (2002), a cláusula social é a fixação de modelos trabalhistas nos tratados internacionais comerciais para de que os direitos dos trabalhadores sejam acatados nos processos de produção de bens:

A cláusula social é a imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam afiançar a proteção ao trabalhador, gerando padrões mínimos a serem observados pelas normas que regem o contrato de trabalho nos processos de produção de bens reservados à exportação²⁹⁸.

Esta intrincada relação entre o comércio e o trabalho se agrava dentro do âmbito internacional quando se exige necessariamente uma ressalva de diferentes culturas e estágios de desenvolvimento entre os Estados preocupados com sua adoção.

A Ação Civil Pública de iniciativa do Ministério Público do Trabalho (MPT) e a definição de ofício pelo juiz de indenizações suplementares, nos termos do parágrafo único do artigo 404/CC, ante a reparação de danos coletivos trabalhistas, são os veículos que abonam o repúdio estatal a prática de dano moral coletivo na esfera trabalhista.

²⁹⁸ ROCHA, Dalton Caldeira. **Cláusula Social**. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002, p.326.

Como assegura de forma concisa, a ação civil pública no direito brasileiro deve ser vista na conjunção evolutiva dos três grandes pilares da ciência processual:

[...] a ação, o processo e a jurisdição. A primeira deixa de ter ponto de vista unicamente individual e passa também a se apresentar como “meio conveniente para a expressão de proeminentes interesses metaindividuais, nos amplos espaços do universo coletivo”. O segundo se desprende da ótica tradicional apoiada na ideia da relação jurídica entre o Estado e o jurisdicionado e passam a acordar como instrumento idôneo à consecução de uma ordem jurídica mais equitativa e eficaz. A terceira não mais se limita ao trinômio Poder-órgão-função com a mera finalidade de distribuir o serviço judiciário e passa ainda a atuar como instância estatal mais imediata do jurisdicionado, compassivo aos seus anseios e empenhada na necessidade de uma resposta judiciária mais veloz e de melhor qualidade²⁹⁹.

Com o desenvolvimento das relações de trabalho em concorrência com a globalização dos mercados, com a busca cada vez mais aferrada pela alta produção com menores custos, o empreendedorismo de modo geral regularizado pela consecução dos objetivos comerciais vem frustrando direitos trabalhistas, visando abrandar os atritos da concorrência empresarial garantindo que os serviços ou produtos postos em circulação sejam mais concorrentes no que se refere ao preço visto que custos de produção foram diminuídos por meio do desrespeito às normas laborais, ocasionando a aquisição de vantagens imerecidas por meio da diminuição dos custos de produção, proporcionando lucratividade imprópria nas operações de venda ou prestações de serviços.

Assim sendo, os valores coletivos, produto da ampliação dos valores dos indivíduos, agravo àqueles, seguramente terá repercussão sobre os indivíduos que integram a comunidade lesada, implicando no dano coletivo, na medida em os interesses coletivos apresentam-se como súmula dos interesses individuais, refinados por seu conteúdo egoístico.

Neste diapasão, o dano moral coletivo surge como sendo a violação em grandeza transindividual dos direitos da personalidade, ou seja, que ultrapassa o caráter pessoal, refletindo seus efeitos a um número indefinido de sujeitos. Se o indivíduo sofre uma dor psíquica ou passa por uma circunstância constrangedora, a coletividade vítima de dano moral sofre o descaso, descrença em relação ao Poder Público e à ordem jurídica padecendo a coletividade de intranquilidade e precariedade.

²⁹⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.194.

O dano moral coletivo se concretiza quando da produção de mercadorias mais baratas, com a exploração da mão de obra a baixos custos, mediante a utilização de formas incertas de trabalho como: jornadas enormes superiores há dez horas diárias, falta de mensuração das horas itinerárias, e outras verbas trabalhistas que são obrigatórias em decorrência da relação de emprego, porém sonegadas, somado a um ambiente de trabalho impróprio, propício a altos índices de acidentes.

Neste ponto de vista, diante das frustrações contumazes dos direitos trabalhistas, a Justiça do Trabalho vem restringindo esta prática ao ceder indenizações adicionais em ações individuais. É manifesto que as multas previstas na CLT são irrisórias e inúteis para conter os excessos que ocorrem contra os direitos dos trabalhadores.

Nesta hipótese, a Justiça do Trabalho em ação conjunta com o MPT vem atuando intensamente contra a prática do dumping social. De fato, quando se identifica a lesão repetida aos direitos trabalhistas de determinados grupos de trabalhadores, o Judiciário Trabalhista tem alcançado uma interpretação sistemática da legislação trabalhista, consagrando medidas repressivas de cunho pedagógico às empresas que praticam o dano moral coletivo como estratégia de mercado, na tentativa de desestimular a reincidência.

Vale ressaltar que o descumprimento frequente dos direitos trabalhistas contraria e corrompe o Estado Democrático de Direito que, no cumprimento da ordem jurídica, seu mais elementar e fundamental alicerce, sem o qual nossa sociedade moderna fica sujeita aos sentimentos de impunidade, de ineficácia, de perda de valores morais e institucionais e da predominância “do mais forte sobre o mais fraco”.

Sobre a questão referente ao dano social, vale destacar o entendimento magnífico embasado na fundamentação do Excelentíssimo Desembargador Paulo Pimenta, em seu voto norteador do acórdão enunciado no Processo TRT - RO - 0122900-41.2009.5.18.0002, na Sessão de Julgamento do dia 03 de março de 2010, *in verbis*:

O dano social incide em um prejuízo à sociedade suscitado por empresa que descumpra normas trabalhistas de modo que esta atitude não motiva somente prejuízo aos seus empregados, mas à coletividade, em razão de violar os direitos humanos, a livre concorrência e, também, mover o Poder

Judiciário, por muitas vezes, sobre as mesmas violações em que incide com insistência, podendo tal lesão ser de ordem patrimonial ou imaterial³⁰⁰.

Deste modo, quando a violação de direitos causarem importante repercussão social, a indenização adquire a função de desestimular o ilegítimo, impedindo a assiduidade da prática³⁰¹.

Como antes mencionado, as penalidades impostas pela CLT, em razão do seu valor insignificante, não são aptos de coibir a conduta do dumping social. Em razão disso, e pelo crescente aumento das violações aos direitos trabalhistas recorrentes em grupos determinados de trabalhadores, o Poder Judiciário do Trabalho conferiu para si a responsabilidade de coibir tais práticas³⁰².

Nesta linha de pensamento, a jurisprudência alcançou papel de proeminência como meio diligente de precaver o dano moral coletivo no Brasil. Assim, o judiciário trabalhista consciencioso do seu papel enquanto agente de transformação social vem oferecendo uma interpretação integrada de toda a legislação pátria no sentido de originar a reparação apropriada ao dano moral social na trajetória coletiva.

A ação de ofício pelo juiz do trabalho na direção do processo trabalhista, como possuidor do poder de ajustar o direito material à realidade social, vem colaborando eficientemente na diminuição da incidência da prática de dano social coletivo. Ajustado por este entrosamento, a magistratura trabalhista vem utilizando-se da aplicação de indenizações adicionais com embasamento jurídico na prevalência dos direitos fundamentais como mecanismo de orientação do exercício do poder.

O parágrafo único do artigo 8º/CLT permite a Justiça do Trabalho utilizar o direito comum como fonte acessória do Direito de Trabalho, desde que os elementos institucionais não sejam incompatíveis com os princípios do direito do trabalho³⁰³.

Neste apontamento de instrumentos jurídicos está a aplicação de ofício pelo juiz das prerrogativas do parágrafo único do artigo 404/CC, ao processo trabalhista, sobretudo diante da conformação do dano social coletivo.

³⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: Direitos humanos**. Brasília: Senado, 2013

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² BRASIL. **Direitos Humanos**: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2010b.

³⁰³ Ibidem..

Defensor desta atuação mais ativa dos juízes do trabalho, o magistrado Maior, assevera que:

Já passou da hora do Judiciário trabalhista brasileiro tomar frente da situação e reverter esse quadro, que não tem similar no mundo. Há alguns anos atrás, mesmo que indevidamente, porque desatento a uma análise jurídica mais aprofundada, até se poderia alimentar que a culpa pela circunstância vivenciada nas relações de trabalho, quanto ao inadimplemento da legislação trabalhista, não seria dos juízes, mas de uma legislação fraca, que não provia instrumentos para conformidade da realidade. Hoje, contudo, essa argumentação alienada não se abona sob nenhum aspecto. Como visto, o próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma imprescindível atitude oposta aos atos que negligenciam o direito social e, conseqüentemente, aplicando-se normas e princípios retirados da teoria geral do direito, a ação dos juízes para desagravo do dano social sequer pode ser contida retoricamente com o argumento de que se trata do aproveitamento de um direito antiquado oriundo da “mente fascista de Vargas³⁰⁴”.

Deste modo, a atuação do juiz se faz necessário na prevalência da ordem jurídica, na asseveração dos direitos transindividuais e, principalmente, na prudência das condutas atentatória contra os direitos trabalhistas em específico àquelas que configuram o dumping social.

Entre as formas de desagravo dos danos ocasionados pelo dano moral coletivo, está a determinação de multas pecuniárias, como demonstração de sanção civil designada a desestimular a recorrência dessas práticas. Visivelmente, quando se fala em aplicação de punição expressa em dinheiro, tem-se que a configuração de cômputo do quantum indenizatório deve ser arbitrada, pelo juiz da matéria, ressalvadas às situações específicas do caso, com apoio na equidade e na razão, levando em apreço o sentimento pedagógico da sanção, cujo intento é de deprimir outros casos similares.

Nesta mesma linha de raciocínio a quantificação do valor reparatório, portanto, levará em conta a expansão, a seriedade e a repercussão da injúria, observando-se o nível de culpa do ofensor e a amplitude do efeito negativo do dano atribuído à coletividade³⁰⁵.

³⁰⁴ ANAMATRA. **Enunciado nº. 4.** Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

³⁰⁵ Ibidem.

Nota-se, portanto, que não há parâmetros a serem adotados pelo juiz quando da definição da reparação de danos proveniente do dano moral coletivo ou qualquer outro meio capaz de prejudicar os direitos da coletividade. Em razão dessa omissão legislativa, apresenta entendimento que se destaca: Ante a inexistência no ordenamento jurídico de normas legais que tratem sobre as formas características de reparação do dano extrapatrimonial individual ou coletivo, a provisionando critérios que comportem uma melhor apuração do valor a ser indenizado àquele título, alternativas tiveram de ser encontradas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

De fato, para que não se consentisse o dano moral sem reparação, sobretudo após início da Constituição da República Federativa do Brasil, em que o mesmo foi assentado à condição de garantia individual e coletiva de todos os cidadãos, a doutrina privatista deparou, dentro do próprio ordenamento jurídico vigente, uma solução para o embaraço. Trata-se da norma debelada no art. 1.533 do CC que, introduzido na parte atinente à liquidação das obrigações decorrentes de ato ilícito, mostra que, nas suposições ali não previstas, se definirá por arbitragem a indenização³⁰⁶.

A punição em dinheiro deve ser utilizada com prudência quanto ao montante imposto, já que o excesso da medida culmina por distorcer seus fins jurídicos e pedagógicos. Sobre este aspecto instrui de Canotilho:

[...] Existindo dano a interesse público ou difuso, corretamente admissível a imposição de reparação civil com cunho sancionatório, sob a forma de prejuízo punitivo. Entretanto, a prescrição de indenização com caráter de sanção deve ser cingida de cuidados para não supervalorar sua intenção repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação moderada e prudente desviaria a um maior nível de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo³⁰⁷.

A reparação deve ser feita por arbitragem judicial do mesmo modo que acontece com o dano moral tradicional.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. 2001. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001, p.41.

³⁰⁷ Ibidem, p.42.

Uma vez realizado a condenação, com a devida apuração do valor a ela imposta, cabe ao julgador definir a sua destinação ou a forma de ser utilizado no intuito de reparar e/ou abrandar os efeitos pelo dano moral coletivo.

A destinação das indenizações deve estar relacionada com os direitos violados, em regra, quando da transgressão de direitos coletivos, a destinação das indenizações é designada para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD)³⁰⁸.

O FDD previsto na Lei nº 7.347/85, regulamentado pelo Decreto Federal nº 1.306/94, tem por finalidade a reparação dos danos ocasionados no que se refere às áreas do direito ambiental, consumidor, artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, entre outros negócios difusos e coletivos. Deste modo, não haveria motivo para destinar as indenizações relativas às condenações por dano moral coletivo a este fundo, por conta da incompatibilidade dos fins e objetivos do mencionado fundo com a natureza dos direitos violados pela prática do dano moral coletivo³⁰⁹.

Logo, em razão desta ausência de especificidade de aproveitamento dos recursos provenientes das condenações relativas ao dumping social, a jurisprudência tem consolidado o acordo de que a destinação das condenações deve ir para um fundo específico, com relação direta a proteção dos direitos trabalhistas.

O FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), que foi instituído pela Lei nº 7.998/90, e tem por objetivo manter o Programa de Seguro Desemprego, o pagamento do abono salarial e o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, segundo o artigo 10 da referida lei, tem sido o destino da maioria das indenizações ocorridas das penalidades por dano moral coletivo³¹⁰.

A título de ilustração, tem-se a sentença pronunciada pelo Juiz do Trabalho Elias Soares de Oliveira da 1ª VT do Trabalho de Rio Verde/GO, nos autos do Processo nº 0001082-82-2010-5-18-0101, entre partes: Lúcio Bento Ferreira, reclamante, Vale do Verdão S/A Açúcar e Álcool, Susana Ribeiro de Mendonça e outros e Agropecuária Primavera Ltda:

³⁰⁸ CANOTILHO, J. J. G. 2001. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001, p.43.

³⁰⁹ Ibidem.

³¹⁰ Ibidem.

[...] Considerando-se tais circunstâncias, avalio plausível arbitrar a indenização por danos morais no mesmo nível da vantagem econômica que as reclamadas esperaram receber com sua atitude ilícita, ou seja, oito milhões de reais, a ser revertido ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), e não ao reclamante, como almejado na inicial, pois a lesão cometida pelas rés abrange a sociedade como um todo, inclusive ao cidadão contribuinte que paga seus impostos e os tem direcionado para mantimento da atividade jurisdicional recorrentemente utilizada pelas reclamadas, e não somente do trabalhador individualmente estimado que, na pressuposição, já defende e teve deferida a parcela sonegada, como também será indiretamente favorecido pela indenização em FAT, como trabalhador que é³¹¹.

Deste modo, a destinação das indenizações consequentes das condenações por dano moral coletivo tem como principal fonte de destinação o FAT. Contudo, esta destinação não é lei, foi uma solução encontrada pela Justiça do Trabalho para dar destinação aos recursos impetrados, ante a lacuna deixada pela norma específica. Essa fonte de destinação é somente uma maneira de se fazer funcionar aquilo que não está concluído, ou pendente de legalização.

Distinta concepção contra a destinação destas indenizações para o FAT é como percebe Melo que assegura:

Não serem aceitáveis os resultados da aplicação dos recursos pelo FAT, em razão deste ter outros intuitos precípuos, além do que, não há a participação da comunidade nem do MPT na sua composição, o que comporta que a destinação das condenações seja diferente daquela concebida pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/85³¹².

A par de cercar os julgamentos em razão da destinação dos recursos para o FAT, outra forma constatada na destinação das indenizações referentes a dano moral coletivo está no campo da conciliação, nos acordos consolidados diante da Justiça do Trabalho, especialmente, nos autos das ações civis públicas, quando o valor é alterado em obrigações para o(a) reclamado(a), das mais diferentes maneiras, como a doação de equipamentos e bens a entidades públicas e privadas de interesse social; financiamento de campanhas educativas destinadas à educação social; edificação de obra que, de alguma forma, atenua os prejuízos sofridos; rateio das indenizações entre entes que agem contra as práticas que deram procedência

³¹¹ BRASIL. **Direitos Humanos:** A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2010^a.

³¹² MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.114.

as punições; entre outras que possam abrandar o sofrimento padecido pela coletividade³¹³.

Assim, a melhor forma de destinação aos recursos originários das condenações por dano social coletivos, seria a criação de um fundo específico com este intuito. Deste modo, o dinamismo do Direito enquanto ciência é a opção mais correta, ou seja, a criatividade do magistrado, o seu conhecimento dos aspectos que circundam a comunidade comprometida em favor do seu contato dia a dia é que irá assinalar no momento do julgamento qual será a mais adequada destinação da indenização diante da ponderação das conjunturas do caso.

7.3 A Efetividade dos Direitos Fundamentais no combate ao trabalho escravo

O desenvolvimento de uma nação pode ser medido diretamente pelo seu aspecto econômico³¹⁴. Porém, sabe-se que as transformações sociais, políticas e culturais, o progresso com a melhoria das condições de vida e o crescimento econômico formam um arcabouço a influenciar o desenvolvimento de uma nação.

Amartya Sen³¹⁵ apresenta, na sua obra, uma proposta de “desenvolvimento como liberdade”, na qual os investimentos devem ser intensos nas bases sociais para que ocorra uma democracia econômica que possibilite a verdadeira liberdade do cidadão e o seu desenvolvimento enquanto ser humano.

Tanto os fins quanto os meios do desenvolvimento depreciam análise e exame metódicos para uma abrangência plena do processo de desenvolvimento; é, indubitavelmente, impróprio seguir como nosso objetivo principal somente a maximização da renda ou da riqueza, que é como ressaltou Aristóteles, puramente útil e em proveito de alguma outra coisa. Pelo mesmo motivo, o crescimento econômico não pode sensatamente ser analisado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado, nomeadamente, com o desenvolvimento da vida que levamos e das liberdades que usufruímos. Aumentar as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas ainda permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas vontades, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo³¹⁶.

³¹³ MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.114.

³¹⁴ QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais**. Porto: Coimbra, 2002, p.89.

³¹⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.28.

³¹⁶ *Ibidem*, p.28-29.

Distintas interpretações são apresentadas nas teorias modernas em relação ao desenvolvimento. Correto assinalar que a cada país cabe ajustar sua estrutura na busca desse desenvolvimento, pois variados são os aspectos tecnológicos, de distribuição de bens e serviços, de rendimentos, de prestação de serviço público implementados internamente.

Essa diversidade é apenas um dos fatores responsáveis pelas incompatibilidades entre países economicamente ricos e os países em desenvolvimento. Mesmo que outros fatores influenciem, sabe-se, hoje, que a globalização veio a agravar essa distância entre eles, seja pelos desafios, seja pelas oportunidades.

O ambiente e os princípios globalizantes no mercado de trabalho e de produção global causam uma relação entre comércio internacional e padrões sócio-laborais que, resumidamente, cercam sob dois aspectos: um econômico e outro ético.

O dano moral coletivo que deve ser combatido, pois que possui um viés de exploração da mão de obra do trabalhador.

[...] na época presente, o mecanismo das cláusulas sociais reveste-se de maiores diferenças por incidir em uma tentativa de ser praticada no plano multilateral e com o recurso de medida repressiva econômico-comerciais com elementos coercitivos de serem obtidos os pré-determinados “padrões”, a contrapor Primeiro e Terceiro Mundos: do Primeiro, reverberam os brados de dumping social, responsável pelo desemprego e pelo aniquilamento dos padrões sócio-laborais internacionais e, por isso, clamante de cláusulas sociais padronizadoras e penalizadoras; do Terceiro, ressoa a ideia da configuração de um direito ao desenvolvimento (e a inauguração do caminho ao desenvolvimento lato sensu) a nascer do crescimento econômico assente nas prerrogativas concorrenciais nacionais – o baixo custo do trabalho, fruto da mão de obra farta como fator de produção e da sua baixa produtividade, a decorrer em salários relativamente menores, aos quais, são agregados custos sociais também menores, advindos de um sistema sócio-laboral mais impotente como consequência do (sub) nível de desenvolvimento nacional [...] - ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, todos a amparar argumentos altruístas com doses de protecionismo ou argumentos comerciais com doses de barbárie³¹⁷.

³¹⁷ GAVA, Rodrigo. **Ricos e mendazes**: o dilema das cláusulas sociais nas relações multilaterais de comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2008, p.35.

A exterioridade ética procede na acepção de se alcançar a plena justiça social através de um rol de direitos fundamentais do trabalho, através da iniciativa de descoisificar o trabalho humano, de atingir um padrão de trabalho decente.

Diante disso, e de forma a concretizar ainda mais a sua posição de guardião dos direitos dos trabalhadores, a OIT adotou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998) – maiormente, representada pela eleição de oito convenções fundamentais, que conjugam quatro regras elementares (a eliminação da discriminação no trabalho, a abolição do trabalho forçado, a limitação do trabalho infantil e a plenitude dos direitos sindicais) - a qual marcou uma nova etapa institucional na promoção e respeito pelas normas internacionais trabalhistas fundamentais³¹⁸.

Diversas são as variáveis que se há de processar na investigação da efetividade das normas de direitos fundamentais sociais na esfera de relações multilaterais que abrangem os Estados. Não só a economia ou a dinâmica dos mercados, mas também, fatores internos e específicos influenciam tal busca.

Assuntos relacionados com Direito e economia se compõem. A capacidade do capital de alterar o funcionamento dos mercados esparge consequências sobre a esfera jurídica e impõe instrumentos que podem contribuir decisivamente para a efetividade dos direitos fundamentais do trabalho elencados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Desde os tempos remotos, o direito do trabalho sempre esteve ligado à evolução das formas de exploração do trabalho. Tal abuso passou a existir com a escravidão, transcorreu pela servidão e pelas corporações de ofício e, a partir da revolução industrial, passou a dar início e ter contornos semelhantes ao de hoje, onde o trabalho é visto, como uma relação jurídica pessoal e subordinada.

7.4 A escravidão *versus* dignidade da pessoa humana

Em tempos atuais, entende-se que a escravidão não abrange simplesmente os casos em que o trabalhador é privado de sua liberdade, mas todas aquelas em que o trabalho é desempenhado em situações humilhantes, em ambiente de trabalho impróprio e perigoso, perpetrado de maneira impelida, com o pagamento de

³¹⁸ GAVA, Rodrigo. **Ricos e mendazes**: o dilema das cláusulas sociais nas relações multilaterais de comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2008, p.36.

desprezíveis salários e sem respeito à legislação trabalhista e as suas próprias limitações corporais e de saúde, por fim, em condições de total desrespeito ao ser humano e sem o mínimo de valorização do seu trabalho.

Exatamente por isso, hoje distintas são as modalidades de escravidão versadas no mundo, sendo que o termo abrange tanto aquelas formas de trabalho que privam o ser humano de liberdade, mas também, todas as demais, que de uma forma ou de outra o priva de dignidade, em que se encaixam, exemplificativamente, o trabalho infanto-juvenil, urbano ou rural, com ou sem exploração sexual; a servidão por dívida, exercidas nas cidades ou no campo; a exploração sexual de homens e mulheres, adultos ou crianças; o tráfico de pessoas, dentre outras situações em que o ser humano é privado do exercício de um trabalho digno.

Os formatos atuais de escravidão diferem daquela feição tradicional somente na oportunidade ou na proeminência de emprego da força, da brutalidade e do confinamento. No mais, emprega da mesma perfídia, astúcia, repressão e age em razão da mesma indiferença e sentimento de superioridade. A insensibilidade e o desrespeito à condição do outro – o escravizado – ainda continuam e estão atualmente acirrados, mais cruéis, não só porque os meios de sua técnica são mais acobertados, mas porque o modo como se invisibiliza no meio social são ultrajados pela certeza de que a prática é ilícita, desonesta e ilegal. A situação é agravada, principalmente, pela impunidade. Conforme a Organização das Nações Unidas, a escravidão abrange hoje grande disparidade de violações de direitos humanos. Sustenta que além da escravidão habitual e do comércio de escravos, a escravidão hodierna abrange a venda de crianças, a prostituição infantil, a pornografia infantil, a exploração de crianças no trabalho, a mutilação sexual de meninas, a utilização de crianças em conflitos armados, a escravidão por dívida, o tráfico de pessoas e a venda de órgãos humanos, a exploração da prostituição e algumas práticas de apartheid e regimes coloniais (Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet N. 14, 1991). Estas modalidades não assinalam escravidão por equiparação, nem são configurações idênticas à escravidão. São, na verdade, formas contemporâneas³¹⁹.

Diante disto, avalizada pela Organização das Nações Unidas, além da escravidão, já manifesta o do tráfico de escravos, a servidão atual, abarca, ainda, a venda e a prostituição de crianças, do mesmo modo, o trabalho de crianças, além do uso de crianças em conflitos armados, o tráfico de pessoas, a venda de órgãos humanos, a exploração da prostituição, dentre outras configurações de trabalho forçado ou realizados em condições análogas a de escravo.

³¹⁹ DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta.** Brasília: OIT, 2003, p.10.

Além disso, a Organização Internacional do Trabalho em suas exposições aplica a expressão “trabalho forçado” relacionando-se ao modo de determinada pessoa desrespeitar os direitos do trabalhador, comprometendo sua integridade física e moral, o seu direito à liberdade e, de maneira especial, a sua dignidade enquanto ser humano, de modo que a definição contida no artigo 2º da Convenção de 1930 da Organização Internacional do Trabalho³²⁰ não segue as configurações de escravidão que foram surgindo no transcorrer dos anos³²¹.

O máximo que se pode aceitar é que a expressão “trabalho forçado” refere-se ao gênero, da qual o trabalho escravo atual é uma das condições, ocorrência essa devidamente reconhecida pela própria Organização Internacional do Trabalho no Relatório Global de 2002, *in verbis*:

[...] ainda que combatido em todo o mundo, o trabalho forçado vem expondo novas e preocupantes facetas ao longo dos tempos. Formas habituais de trabalho forçado, como a sujeição e a servidão por dívida, ainda continuam em determinadas regiões, e práticas antigas desse tipo continuam perseverando, existentes nos dias atuais. Nas novas e atuais conjunturas econômicas está surgindo formas inquietantes como a do trabalho forçado em vinculação com o tráfico de seres humanos³²².

E não obstante de ampla parte das modalidades de escravidão nos tempos atuais ser coligadas no Brasil, a servidão por dívidas, provavelmente, seja a mais praticada, pela facilidade adicional oferecida nos meios rurais, onde a fiscalização e os programas de prevenção e erradicação demoram a chegar e, quando se fazem presentes, muitas vezes já são ineficazes.

Justamente diante disso, que a servidão por dívidas foi amplamente debatida no Fórum Social Mundial de 2003³²³. Neste contexto, ficou em evidência que essa espécie de escravidão moderna evita o trabalhador de abandonar o seu trabalho ou mesmo o local onde o desempenha até o período em que possa honrar sua dívida junto ao empregador/credor. Contudo, apesar de todos os seus empenhos, o trabalhador não pode quitá-la, diante às dificuldades que são impostas pelo

³²⁰ Artigo 2º - a expressão trabalho forçado ou compulsório significará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob a ameaça de alguma punição e para o qual o dito indivíduo não se apresentou voluntariamente.

³²¹ GAVA, Rodrigo. **Ricos e mendazes**: o dilema das cláusulas sociais nas relações multilaterais de comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2008, p.37.

³²² DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial**: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta. Brasília: OIT, 2003, p.11.

³²³ Ibidem.

empregador, que cobra por tudo o que é utilizado por ele, na finalidade de mantê-lo escravizado de forma disfarçada³²⁴.

E isso incide naturalmente, pois como normalmente o débito acaba excedendo o valor do salário, esses são retidos pelos empregadores, para o pagamento parcial da dívida e para que os empregados permaneçam gerando força de trabalho e, com isso, possam garantir o lucro. De tal modo, permanecem fornecendo-lhes alimentação, roupas, moradia, onde estes benefícios são acrescidos à dívida restante, sendo determinante para um círculo vicioso que dificilmente será quebrado.

A circunstância agrava-se ainda mais, no momento em que se tem a percepção que tal natureza de escravidão alcança também as crianças e os adolescentes, que seguem seus pais quando da aliciação ou que sozinhas preferem por concordar as condições de trabalho que lhe são apresentadas.

Advém, além disso, em relação à prostituição infantil, à exploração sexual e tráfico internacional de homens e mulheres e muitas outras modalidades de trabalho desprezível que são proporcionados ou impostos às pessoas, aproveitando-se de sua miserabilidade e do fato de ser um excluído social.

É pertinente enfatizar que essa dissertação de mestrado, objetiva somente delinear em linhas gerais sobre algumas espécies de escravidão em tempos atuais, caracterizando-as e apresentando as legislações nacionais e internacionais relacionadas, mas não visa esgotar o assunto.

Tendo em vista, principalmente, a enorme quantidade de tipos de escravidão que acontece nos tempos atuais, cumpre mencionar que apenas alguns foram selecionados como objeto de estudo e discussão.

A princípio, é notório mencionar que o “trabalho infantil” deve ser abrangido, neste estudo, como sendo as atividades econômicas, com ou sem intenções para obtenção de lucro, que sejam remuneradas ou não, e que são desempenhadas por crianças ou adolescentes.

É inegável que o trabalho exercido por criança ou adolescente, tanto no universo urbano ou rural, diversas vezes é desempenhado no modo de escravidão,

³²⁴ DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta**. Brasília: OIT, 2003, p.12.

ou servidão, no contexto de outras modalidades de trabalho que lhe arrebatam não só a infância, como também a própria dignidade humana que lhe é essencial, ainda mais quando se analisa que é um ser humano em desenvolvimento, que já, desde pequena idade, tem a sua identidade e a sua dignidade roubadas.

Entretanto, é pertinente mencionar a importância que o trabalho proporciona ao ser humano, não só no contexto financeiro, mas, primordialmente, no âmbito pessoal, promovendo um crescimento em sua formação, responsabilidade e amadurecimento.

Contudo, quando se refere ao desenvolvimento cognitivo da criança, faz-se necessário, no universo da educação dos dias atuais, levar em consideração quatro elementos fundamentais, tais como: a definição da infância, a construção do pensamento da criança, as leis de desenvolvimento e o mecanismo da vida social infantil.

Portanto, a criança necessita experimentar cada etapa de caráter concluída para se tornar um ser humano completo. Saltar de uma fase para outra, sem a vivência da criança em uma etapa, provoca extinguir alguns dos seus conhecimentos e habilidades que seriam desenvolvidos através delas e que seguramente farão falta na vida adulta. Diante desta importância, a inclusão precoce da criança e mesmo do adolescente no mundo do trabalho, onde implicam mais as regras e as hierarquias, bem como a obrigação de produtividade e submissão, e menos relações de afetuosidade, passa a função de distinguir ou por inibir seus interesses naturais e prejudicar o seu desenvolvimento.

Sem falar do requisito “brincar”, que quando eliminado, cancela igualmente, a capacidade da criança e do adolescente de compreender e assimilar os modelos e conteúdos das relações interpessoais e cognitivas, o que comprometerá tanto os seus relacionamentos futuros, quanto o seu desenvolvimento escolar.

Como consequência, a evasão escolar amplia ainda mais, acarretando em um círculo vicioso, no qual a pessoa com baixo nível educacional tende a continuar, na vida adulta, a maior parte de suas vidas desempregado ou exercendo atividades pouco remuneradas, o que lhes impõe à necessidade de complementar a renda familiar através do trabalho de seus filhos.

Diante deste relato, a problemática e a discordância por muitas vezes referente ao trabalho infantil e adolescente transcende a mera discussão jurídica. Afinal, não implicam apenas às condições dos trabalhos que são impostas às crianças e adolescentes, a baixa remuneração, a classificação da atividade por ela desempenhada em perigosa ou nociva, mas todo um contexto cognitivo que poderá modificar substancialmente a realidade dessas crianças. Fazendo jus uma proteção integral para as crianças e adolescentes, que já lhe é garantida pela legislação pátria e também na seara internacional.

No contexto da legislação brasileira, concernente ao trabalho infantil está norteada de acordo com os princípios da Constituição de 1988, que por sua vez, estão em plena conformidade com a Convenção dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas e das Convenções nº 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho³²⁵.

Na primeira das convenções citadas, ordenada no ano de 1989, o artigo 32 reza que não será admitido qualquer tipo de exploração econômica da criança, sendo avaliada como sendo exploração qualquer espécie de trabalho que prejudique a escolaridade básica. A Convenção nº 138 foi sancionada pelo Brasil em 28 de junho de 2001, estabeleceu a necessidade de explicitar a idade mínima para admissão ao emprego ou trabalho em qualquer ocupação, não se concedendo nenhuma pessoa com idade inferior a que for estabelecida, seja inserido no mercado de trabalho³²⁶.

Internacionalmente, a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre as piores formas de trabalho Infantil, da qual o Brasil é signatário, impõe como prioridade absoluta a eliminação imediata dos trabalhos que prejudicam a saúde, a segurança e a moral da criança. Ao fazer isso, tem a intenção de priorizar os esforços na sua erradicação e prevenção. Segundo o artigo 3º da convenção, as quatro piores formas de trabalho infanto-juvenil que devem ser abolidas, são:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas idênticas como a comercialização de crianças, submetidas ao constrangimento por dívida e servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive ao trabalho obrigado ou

³²⁵ DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta**. Brasília: OIT, 2003, p.12-13.

³²⁶ Ibidem.

compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) utilização procura e oferta de criança para fins de prostituição, de produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; c) utilização procura e oferta de crianças para atividades ilícitas, especificamente para produção e tráfico de drogas, conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança³²⁷.

A convenção estabelece, ainda, atividades que são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças que, no Brasil, foram relacionadas e complementadas pela Portaria nº 20/2001, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, onde constam atividades de trabalho consideradas insalubres ou perigosas, nas quais o trabalho do adolescente é proibido.

A Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, mencionando a Declaração dos Direitos da Criança, dispõe que:

A criança, por sua falta de maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados específicos, até mesmo, a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento [...] a criança, para o completo e harmonioso desenvolvimento de sua individualidade, deve desenvolver no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão [...] estar inteiramente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada conforme os ideais apregoados na Carta das Nações Unidas, sobretudo, com dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

Internamente, no Brasil, podem ser citados como marco de proteção aos direitos da criança e do adolescente, os artigos 7º, inciso XXXIII e 227, ambos da Constituição Federal; os artigos 60 a 69 e 248 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, também denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o seu Capítulo IV, que dispõe sobre a proteção do trabalho do menor e o título III da Consolidação das Leis do Trabalho, todos visando resguardar o direito do menor trabalhador, para que não seja explorado e garantir que o trabalho por ele realizado seja compatível com a sua condição de ser em desenvolvimento e, principalmente, com a dignidade que lhe é inerente desde o seu nascimento³²⁸.

O art. 227 da Constituição Federal determina que:

³²⁷ DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta**. Brasília: OIT, 2003, p.14.

³²⁸ Ibidem, p.15-16.

São deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O mesmo artigo dá absoluta prioridade de proteção à infância e à adolescência e o inciso XXXIII do artigo 7º do mesmo diploma impede a proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 anos.

O direito à proteção especial deve compreender o respeito à idade mínima, a garantia de ingresso do trabalhador adolescente à escola, dentre outros.

Aponta, ainda, os princípios gerais que devem orientar o legislador ordinário quando da realização do processo legislativo e as políticas públicas e ações governamentais e não-governamentais que devem ser adotadas com o fim de proteger os direitos das crianças e dos adolescentes.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 60 a 69, trata da proteção ao trabalhador adolescente:

O artigo 67 estabelece que ao adolescente empregado, aprendiz, em regime de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não governamental, é vedado o trabalho perigoso, insalubre ou penoso e aquele realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento, físico, psíquico, moral e social.

O artigo 248 do próprio diploma legal trata da guarda do adolescente originado de outra comarca para prestação de serviços domésticos, nesse último caso garantindo a esses adolescentes não apenas seus direitos, mas especialmente a visibilidade que é muito simples de perder em circunstâncias de trabalho doméstico infantil, já que em sua pluralidade acontecem dentro de uma casa e poucas pessoas têm acesso ao que realmente se passa entre quatro paredes.

Ao constituir a guarda do menor protegido por uma família para a prestação de serviços domésticos, o legislador não apresentou outra intenção senão proteger o menor de ocasionais abusos, até mesmo sexuais, e garantir-lhes não apenas os direitos trabalhistas, mas, especialmente, a preservação de seus direitos fundamentais, inclusive à educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a implementação de um sistema de garantia de direitos e também um sistema de proteção, estabelecendo como podem ser implementados os direitos das crianças e adolescentes. Dentro de tais sistemas, é previsto um regime de denúncias além de ser apontado a quem cabe o dever de garantir o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente em cada setor da sociedade e do Judiciário.

A Materialização das Leis do Trabalho, por sua vez, num viés de modo eminente trabalhista e, portanto, buscando garantir o direito social dos trabalhadores e afiançar a implementação do valor social do trabalho, possui inúmeros dispositivos que regulam o trabalho do adolescente, mas em todos eles, revoga por privilegiar a assiduidade escolar, para que o menor possa futuramente ter qualificação e, com ela, conseguir uma melhor colocação no mercado de trabalho.

Os Conselhos de Direitos nacional, estadual e municipal e os Conselhos Tutelares, criados pelos artigos 88, 131 e 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são responsáveis pelo combate ao trabalho infantil, cabendo a eles cuidar dos direitos das crianças e adolescentes em parceria com o Ministério Público e o Juizado da Infância e da Juventude.

Outra questão a ser tratada refere-se ao artigo 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê multa àquele que:

deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável³²⁹.

Diante desta determinação, torna-se respeitável por promover a fiscalização ocasional de trabalho a ser desempenhado por criança que é retirada de sua família para cumprir trabalhos em outras famílias, sob a falsa esperança de que em estando ela dentro do seio familiar, estará em um ambiente seguro. Contudo, normalmente, não é isso o que acontece, tendo relatos que por muitas vezes essa criança ou adolescente é explorado, não sendo tratado como membro da família e sim como

³²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Questionário sobre a guarda de criança e adolescente (2010)**. <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/536691/questionamentos-sobre-a-guarda-de-crianca-e-adolescente>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

um empregado, sem nenhum direito, sem remuneração ou a probabilidade sequer de frequentar a escola.

Retornando à Constituição Federal, foi integralmente acertada a escolha de poupar a entrada da criança e do adolescente no mercado de trabalho, estabelecendo como idade mínima os 14 anos de idade; idade em que o menor provavelmente teria concluído o ensino fundamental. Caminhou melhor, além disso, o constituinte reformador que por meio da emenda constitucional nº 20/98 aumentou a idade mínima para 16 anos, estimulando o aluno a concluir o ensino fundamental, que é antigo segundo grau, que não apenas o classificaria melhor, como também tem a capacidade de ajudá-lo a ingressar na universidade³³⁰.

Assim, a cláusula constitucional veta qualquer emprego ou trabalho abaixo dos 16 anos, exceção feita apenas ao emprego em regime de aprendizagem, tipo como estágio, consentido a partir de 14 anos. Abaixo de 18 anos, o trabalho é proibido, sem exceção, quando é perigoso, insalubre, penoso, noturno e prejudicial ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

No entanto, a legislação brasileira permite o trabalho do adolescente em regime de aprendizagem, o qual se fundamenta nos artigos 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação foi alterada pela Lei nº 10.097/2000³³¹.

Define-se o contrato de aprendizagem de forma:

é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Esse contrato possui natureza jurídica trabalhista, ou seja, é um contrato individual de trabalho especial, com prazo determinado, onde empregado e empregador comprometem-se a cumprir as exigências legais estabelecidas para que ocorra a aprendizagem. Por ter previsão legal e função protetora, prevê a garantia

³³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Questionário sobre a guarda de criança e adolescente (2010)**. <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/536691/questionamentos-sobre-a-guarda-de-crianca-e-adolescente>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

³³¹ Ibidem.

de um salário-mínimo-hora; recolhimento de FGTS; jornada de trabalho diferenciada, que não prejudique ao menor de frequentar a escola, cuja frequência é obrigatória, dentre outras vantagens que visam garantir e regular o saudável desenvolvimento do menor.

É possível também a contratação de adolescente para laborar em regime de estágio, sendo tal contrato regido pelas Leis nº. 6.494 de 07 de dezembro de 1977; nº 8.859 de 23 de março de 1994; nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e pelo Decreto nº. 87.497, de 18 de agosto de 1982.

Ao contrário do contrato de aprendizagem, o estágio é determinado como sendo um contrato de natureza civil, através do qual propõe ao estudante/estagiário, a conhecimento em situações de vida e trabalho, sendo cumpridas na conformidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob responsabilidade e coordenação da instituição de ensino.

Mas, ao mesmo tempo possui natureza protetora do menor, motivo pelo qual um dos pré-requisitos estabelecidos são a matrícula e constância desde em cursos de educação superior, ensino médio, de educação profissional em nível médio ou superior ou em escolas de educação especial.

É um contrato que não cria vínculo empregatício e não torna o menor estagiário um segurado da Previdência Social. Todavia, é possível o pagamento ao menor, de uma bolsa auxílio; a duração mínima do contrato é seis meses e máxima coincide com a data da conclusão do curso. Finalmente, quanto à jornada de trabalho, é indispensável que esta não prejudique a frequência do menor à escola.

O artigo 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, ainda, o trabalho educativo, *in verbis*:

Art. 68. O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada. § 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo. § 2º A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo³³².

³³² JUS, Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10609962/artigo-68-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em 24 de agosto de 2015.

Com a possibilidade do trabalho educativo, vê-se que o legislador pretendia resguardar os interesses sociais e ao mesmo tempo conciliá-lo com os interesses do menor. Assim, unicamente instituições sem fins lucrativos tem a capacidade de promover dessa espécie de trabalho, evidenciando o desejo de que o menor não haja nenhum vínculo com o procedimento produtivo e que essa natureza de trabalho não se converta em uma forma de admissão disfarçada ou legalizada do menor do mercado de trabalho capitalista, antes de estar apto para isso.

Por outro lado, o Ministério do Trabalho e Emprego, através da Portaria nº 365, de 12 de setembro de 2002, estabelece a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil com a finalidade prioritária de viabilizar a elaboração do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, considerando o disposto em acordos internacionais que versam da luta contra o trabalho infantil. E mediante a Portaria nº 952, de 8 de julho de 2003, elaborou o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Trabalhador Adolescente³³³.

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente, fruto da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego, agregou contribuições de organizações governamentais e não-governamentais, dentre elas, a Organização Internacional do Trabalho, tendo por finalidade assegurar a eliminação do trabalho infantil.

Apesar disso, crianças e adolescente permanecem trabalhando em várias empresas, cujos ambientes de trabalho não são os mais adequados. Diversas empresas, ao contratarem crianças e adolescentes, não seguem nenhum cuidado e põem à disposição destes, equipamentos inapropriados para sua idade, fazem-nos manipular produtos perigosos, dão-lhes condições insalubres de trabalho, onde acabam ficando em contato com agentes físicos, químicos e biológicos nocivos à sua saúde já frágil, bem como a acidentes de trabalho.

As exaustivas jornadas de trabalho contribuem por atribuir o abandono escolar e a baixa idade é empregada com desculpa para receberem menores

³³³ JUS, Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente.** <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10609962/artigo-68-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em 24 de agosto de 2015

salários do que os adultos, evidenciando acima de tudo uma grande discriminação em relação a eles.

Além do trabalho desenvolvido nos centros urbanos, em empresas, muitas crianças e adolescentes são vítimas, ainda, do trabalho rural. Diversas crianças, é certo, estão ligadas à agricultura familiar, avaliando que a grande maioria das famílias produz apenas para o seu sustento e pouco lhes resta para contratar empregados ficando, portanto, toda a produção nas mãos de pais e filhos.

Fora esse caso, é sabido que as crianças e adolescentes são chamados a trabalhar no meio rural, também, para complementar a renda familiar, em famílias onde os adultos não possuem condições de trabalho, ou já sendo agricultores empregados, precisam da mão de obra dos filhos para que o valor a ser recebido no final do mês seja mais compatível com as necessidades da família.

As condições do trabalho rural, no entanto, não se diferenciam do trabalho urbano. Normalmente, as jornadas de trabalho são excessivamente longas, não disponibilizando as crianças e adolescentes descansos e tempos necessários para o seu desenvolvimento regular ou para frequentar escolas. Há grande exposição a sua saúde, pela utilização de instrumentos de trabalho inapropriados e perigosos e também pelo uso de agrotóxicos e pesticidas.

Grande parte dos problemas de exploração sexual e de abuso familiar fica sem resolução porque, mesmo que o causador do Sistema de Garantia de Direitos aproxime o problema e seja compassivo a ele, não tem como transformar de forma efetiva as condições dessas crianças. O autor trabalha sem condições práticas de dissolução, deslocado institucionalmente. Ele tropeça nas mazelas de um sistema ainda não solidificado, que lhe impede dar a proteção devida, conforme estabelecida por lei.

O trabalho escravo com crianças no campo se semelhança ao trabalho escravo rural; por dívidas de adultos está vinculado à extrema pobreza da população campesina, onde normalmente os pais obrigam os próprios filhos a ajudá-los na concretização do trabalho, com vistas a acrescentar a produtividade e a remuneração que garantirá a manutenção da família ou o pagamento do débito feito junto ao patrão, assim, perfeitamente aplicável a ele tudo o que for mencionado no capítulo seguinte, associado às questões específicas trabalhadas neste tópico.

Outro setor, e que no Brasil é comum o emprego de mão de obra infantil e adolescente, é o das carvoarias. Talvez pela irregularidade e informalidade em que tais empresas desempenham suas atividades, aquela natureza de mão de obra, incorporadas à má distribuição de renda, tornando imperativa a colocação dos menores ingressarem precocemente no mercado de trabalho, torna-se muito interessante e lucrativa.

Neste universo, crianças a partir de 4 anos já eram aptas ao trabalho, pois tinham força suficiente para carregar tijolos e lacrar a entrada dos fornos; muitas vezes auxiliavam no carregamento e extração do carvão dos fornos.

A partir de 1994, referida comissão criou mecanismos novos visando combater especialmente o trabalho infantil nas carvoarias que levaram à instituição de um Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, para atuar em todo o país.

Atitudes como essas são exemplares, pois muito mais do que proteger as crianças e adolescentes, diretamente atingidos pelo trabalho infantil, protegem também aqueles que poderão ser suas vítimas futuras.

Porém, constantemente crianças e adolescentes são submetidas ao aumento de trabalho forçado, trabalho servil e/ou qualquer outra espécie de trabalho, seja na catação de lixo; como empregados domésticos nos centros urbanos; explorados sexualmente por seus familiares ou por terceiros.

Um dos grandes problemas encontrados para a implantação de programas de erradicação de trabalho infantil é sem dúvida a ilusão coletiva de que o trabalho precoce não apenas profissionaliza como também educa.

No contexto da escravidão por débitos, primeiramente, compete dizer que a globalização originou benefícios para o avanço dos direitos humanos, sobretudo quando se compreende que hoje os meios de divulgação, especialmente a internet que permite não apenas a discussão do tema, mas a própria mobilização das pessoas para cobrar pela sua proteção.

Oposto a este avanço, a competitividade e o crescimento econômico têm implicações indesejáveis em analogia às minorias e exclusões sociais, já que para ele os efeitos da globalização acabam resultando no desrespeito aos direitos historicamente conquistados e por isso acabam por violar o direito à vida, à proteção

da saúde, da liberdade, das condições de trabalho seguras e salubres, bem como a um padrão de vida adequado.

No que diz respeito ao âmbito do trabalho, é certo que a competitividade leva à necessidade de menores gastos com a produção, o que implicará no preço final do produto e na sua aceitação pelo mercado consumidor.

Isso, fatalmente, faz com que o Estado, carecedor de investimento externo, acabe por flexibilizar normas trabalhistas e o empregador, por outro lado, procure maneiras cada vez mais inventivas de economizar e tornar o seu produto mais concorrente. Não são incomuns às vezes em que acaba sacrificando o trabalhador, sendo o trabalho escravo somente um exemplo dessa situação.

As pressões competitivas da nova economia internacional apresentam efeitos deletérios sobre os direitos dos trabalhadores. O custo reduzido da mão de obra e a existência de leis trabalhistas flexíveis são elementos importantes para a escolha da localização de filiais ou subsidiárias de corporações transnacionais e para a seleção de fornecedores no processo de desenvolvimento industrial dos países do Hemisfério Norte. Este mercado é tomado por bens produzidos a preços irrisórios pelas nações em desenvolvimento, cujos governos têm pouco ou nenhum estímulo para aprimorar as condições de trabalho vigentes. Ao contrário, a vantagem competitiva desses países depende da conservação dessas condições. Por isso, eles se contrapõem à vinculação entre regras trabalhistas e temas comerciais, ressaltando que o vínculo prejudicaria sua vantagem competitiva, estabelecida na mão de obra mais barata e na legislação mais flexível. Compreende-se o argumento, já que esses pontos se mostram fundamentais para desenvolver o comércio dos países em desenvolvimento. Contudo, o custo das medidas incide sobre os trabalhadores mais vulneráveis: os operários sem qualificação profissional ou semiqualiificados, a quem se negam os direitos de organização sindical, de negociação coletiva e de exigência contra condições de trabalho³³⁴.

Com embasamento nisso, pode-se expor que o trabalho escravo atual, apresenta como comprovante econômico não a falta de mão de obra, como existia no passado, mas a precisão do empregador de aliviar os custos para que possa tornar o seu produto mais competitivo diante das demais empresas. E o trabalho escravo, é uma maneira altamente proveitosa para alcançar esse objetivo, haja vista ter como meio característicos, o servilismo do empregado a trabalhos forçados ou à jornada extenuante; a sua sujeição a condições humilhantes de trabalho e a restrição total ou parcial, direta ou indireta de sua liberdade de ir e vir.

³³⁴ LEARY, Virginia A. **A globalização e os direitos humanos**. Direitos humanos: novas dimensões e desafios. 2003, p.339.

Não obstante a redação do artigo 149 do Código Penal, não há dúvidas que essa condição de trabalho configura-se independente da existência ou não de dívidas a ser liquidada pelo trabalhador ao empregador. Mas, frise-se, para que haja o crime tipificado neste artigo, qual seja, a redução à condição análoga à de escravo, a existência da dívida é necessária³³⁵.

O atual processo de exploração da mão de obra escrava rural praticada no Brasil é violento e se ilustra com homens e famílias inteiras aprisionadas por dívidas contraídas mediante fraude ou coação desempenhada pelos empregadores ou por intermediários denominados “gatos”.

No Brasil, a escravidão de hoje em dia é praticada em todos os Estados, mas alguns se enfatizam tendo em vista o amplo número de pessoas que trabalham em situação de escravidão, tais como o Pará, o Mato Grosso, o Piauí e o Maranhão, onde as contratações ocorrem especialmente com o fim de conseguir mão de obra para laborar na derrubada das matas; na produção de carvão; no plantio e colheita, dentre outras atividades agropecuárias.

Diagnosticando a categoria dos trabalhadores rurais brasileiros, pode-se dizer que eles vivem em condições precárias de vida, devido à seca que assola algumas regiões do país; à má distribuição de renda e de terras; à falta de incentivos do governo para a fixação do homem no campo, dentre outros motivos. A pobreza e o desemprego, coligados à incessante busca por lucros e o desrespeito ao ser humano, são fatores decisivos para o estabelecimento da escravidão rural por dívidas.

Isso acontece porque sem esperanças de melhorar suas condições de trabalho, o homem do campo inevitavelmente receberá qualquer oferta que lhe for ofertada e na qual vislumbre a chance de melhorar sua vida pessoal e familiar, tornando-se vítima fácil de pessoas inescrupulosas, normalmente denominadas “gatos”, cuja função caracteriza-se em arregimentar mão de obra escrava. Provavelmente, isso esclareça o que levou em 1995 o Brasil ser um dos primeiros países do mundo a reconhecer oficialmente a caracterização de trabalho escravo em seu território e, em 2004, foi pioneiro ao declarar que estimava existir em terras brasileiras, aproximadamente, de 25.000 (vinte e cinco mil) trabalhadores escravos.

³³⁵ LEARY, Virginia A. **A globalização e os direitos humanos**. Direitos humanos: novas dimensões e desafios. 2003, p.339.

A característica mais comum do trabalho escravo é a ausência de liberdade, não necessariamente a ausência de liberdade física, mas, sobretudo a condição de não poder o trabalhador fazer uso da liberdade pessoal que é garantida, não somente pela declaração dos direitos do homem, mas também pela Constituição Federal de 1988. Diante disso, verificamos que no Brasil existem basicamente quatro formas de privação direta ou indireta da liberdade do trabalhador, assim descritas: a escravidão por dívidas; a retenção de documentos; a dificuldade de acesso ao local de trabalho e a presença de seguranças armados, como modo de coibição a precaução às tentativas de fuga³³⁶.

Essencialmente, todas acabam convergindo simultaneamente em uma só situação de escravização, contudo, é possível que possam existir de maneira individual, caso em que o trabalhador escravo pode estar sendo proibido de ter a sua liberdade, unicamente por débitos que outrora ficou devendo ao seu empregador ou pela retenção de documentos, sendo, todavia, mais normal a existência concomitante de várias situações.

Como acima citado, os trabalhadores comumente são atraídos por intermediários chamados 'gatos'. Estes se aproveitando da situação de supressão e total desinformação dos futuros empregados, iludindo-os com promessas de trabalho, bons salários, moradia e alimentação, por serem reconhecidamente essas as maiores inquietações de qualquer pessoa que viva em um regime capitalista e que não quer permanecer à margem da sociedade. Dependendo do caso, o mediador se oferece para pagar alguma dívida do futuro empregado ou a antecipar algum valor para que sua família não fique abandonada e, muitas vezes, propõe-lhe, também, o pagamento do transporte até o local de trabalho.

Tais ofertas já se mostram enganosas desde o início, pois considerando que o Brasil ainda é um país em que grande parte das pessoas é ludibriada pelo golpe do bilhete premiado, não se pode criticar aqueles que de boa fé vê no seu trabalho algum valor. Esse encontra uma oportunidade onde ele efetivamente seja valorizado e possa enfim fornecer a subsistência a sua família.

³³⁶ LEARY, Virginia A. **A globalização e os direitos humanos**. Direitos humanos: novas dimensões e desafios. 2003, p.340-341.

Nota-se que a exclusão social e a miséria são tantas que, em alguns casos, os próprios trabalhadores se apresentam voluntariamente para o trabalho oferecido pelo gato, por perceber que ele é a única opção de sustento familiar.

Mas a verdade é que, em qualquer um dos casos, o trabalhador termina se endividando antes mesmo de dar início as atividades, pois tudo o que lhe foi prometido deverá ser reembolsado ao patrão. E tendo este o poder econômico em relação ao empregado, utiliza suas vantagens e, muitas vezes, desconta na fonte os valores que julga correto, deixando de pagar ao empregado qualquer quantia, a título de salário, outras vezes realizando o pagamento de um valor insignificante, insuficiente para atender as suas necessidades pessoais básicas, obrigando-o a apelar ao patrão, deste modo, aumentando sua dívida em um claro círculo vicioso que nunca se acaba.

E por mais espantoso que isso possa parecer, não são incomuns às vezes em que essa situação gera entre patrão e empregado vínculos moral, a serem exercidos pelo último, sendo comuns casos de empregados que se consideram devedores e se privam de deixar o local de trabalho sob o argumento de que antes devem quitar a dívida que contraíram.

A palavra de honra nesse caso é acatada pelo empregado e, seguramente, bem aproveitada pelo patrão, talvez por ser essa “honra” o único fator que ainda resta ao trabalhador e que o aproxime da condição de ser humano.

Outro fator que contribui com a privação de liberdade é que os trabalhadores são atraídos em locais longínquos daquele em que prestarão serviços. Isso se faz exatamente para que perca a sua referência social, isso porque não estando agregado ou sendo popular da nova comunidade para onde vai, não tem a quem recorrer num momento de dificuldade. As únicas referências que tem ainda serão os responsáveis pela sua escravidão; a dívida e as distâncias desestimulam as fugas, até mesmo pelo desconhecimento do caminho que deverão seguir para retornar.

Além disso, a distância não ocorre apenas em relação ao local de contrato, mas a qualquer centro comercial. Deste modo, os trabalhadores ficam impedidos de consumirem os produtos que quiserem ou a pagar um preço justo por eles, ficando forçados a consumir nos mercados ou empórios existentes na própria fazenda, onde normalmente os preços são muito superiores àqueles praticados.

Os problemas encarados pelo trabalhador aliciado se iniciam com o transporte, que normalmente é feito de forma improvisada em ônibus ou mesmo caminhões sem nenhuma segurança, em total discordância com a legislação vigente. Ao chegarem ao local de trabalho, a situação é ainda pior, e ali os trabalhadores percebem que as promessas que lhe foram feitas eram falsas e se veem devedores de tudo àquilo que foi adiantado pelo 'gato'. Para assegurar a continuação dos trabalhadores no local de trabalho e o ressarcimento da suposta dívida, especialmente em relação aos trabalhadores para quem a palavra de honra não é satisfatória, muitos empregadores apreendem os documentos pessoais de seus empregados, visando inibir as fugas.

Além disso, com a mesma intenção, a privação da liberdade ainda é abonada por meio de uma guarda armada, cujo papel é a conservação da ordem e até a execução de castigos ao trabalhador desobediente. Não é raro até mesmo o assassinato do trabalhador, para impedir fugas ou o testemunho do empregado em ocasional apreensão pelos grupos de fiscalização móveis, que desestruturam e atrapalham a manutenção do sistema escravagista por parte do empregador.

Como é divulgado no relatório da Organização Internacional do Trabalho, o ambiente laboral ofertado aos empregados não é o mais apropriado e fogem de todas as leis e regras existentes, sendo locais favoráveis não somente para a obtenção de alguma doença e ocorrência de acidentes de trabalho, mas ainda, completamente inseguros, insalubres e perigosos.

Os alojamentos dados aos trabalhadores normalmente são restringidos a simples casebres, alguns armados com lonas e quando o trabalho é executado no meio da mata, por trabalhadores responsáveis pela sua derribada, tais casebres são cobertos por folhas de palmeiras ou outras árvores. Em alguns casos, eles são retidos em currais e não são incomuns os casos em que são desamparados à sorte das intempéries da natureza, estando sujeitos à chuva, frio e outros flagelos.

Em resgates realizados pelos grupos de fiscalização móvel, constatou-se que não há por parte do empregador nenhuma inquietação com a saúde dos trabalhadores, que não têm alimentação apropriada, acesso ao saneamento básico e à água potável, sendo corriqueiro fazerem suas necessidades na mata e beberem águas impotável, destinadas muitas vezes aos animais da fazenda.

Em caso de doença, os trabalhadores escravizados tornam-se um empecilho ao patrão que terá que alimentá-los sem nenhuma contraprestação. Assim sendo, é comum que tão logo adquiram alguma doença ou sendo vítimas de acidente de trabalho, sejam desamparados ou mesmo mandados embora, sem nenhum tipo de compensação.

Enfim, todos são reprimidos a tratamentos humilhantes e violentos e por vezes severamente punidos e até mutilados por outros trabalhadores, responsáveis pela conservação da ordem, condição essa que imprime nos demais trabalhadores um medo constante e o impedem de procurar socorro ou libertação.

Em 2002, a Organização Internacional do Trabalho deu início a um projeto para ajudar as instituições brasileiras a erradicar o trabalho escravo existente no Brasil. Desde então, muitos progressos foram conseguidos e reconhecidos no Relatório Global da Organização Internacional do Trabalho divulgado no ano de 2005 e cognominado “Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado³³⁷”.

Nesse relatório, o Brasil é mencionado como um líder na busca de recursos para o trabalho escravo e tal qualidade lhe foi conferida em face dos resultados encontrados pelo país com o 1º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, consolidado em março de 2003.

Contudo, os dados divulgados no Relatório acima referido ainda inquietam, pois comprovam que nos dez anos que se compreendem entre 1995 e 2005, foram realizadas 395 operações de fiscalização, em 1.463 fazendas, que decorreram na libertação de 17.983 pessoas e no pagamento de R\$ 21.985.124,47 (vinte e um milhões e novecentos e oitenta e cinco mil e cento e vinte e quatro reais e quarenta e sete centavos) em direitos trabalhistas³³⁸.

Um novo estudo realizado pela Organização do Trabalho, designado Relatório sobre o Trabalho no Mundo em 2008, evidencia uma importante disparidade de renda, comprovando que grandes partes das pessoas não auferiram

³³⁷ OIT. Organização Internacional do Trabalho (2008). **O trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamotofinal.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 01.

³³⁸.Ibidem.

os benefícios do crescimento dos Estados tido nos últimos anos, mas que sem dúvida padecerão os efeitos da atual crise financeira e econômica³³⁹.

Entretanto, o relatório confirma que ocorreu um acréscimo de 30% (trinta por cento) do emprego no mundo, mas que isso não foi satisfatório para atender as necessidades da população mundial e nem mesmo para atenuar a desigualdade existente entre ricos e pobres.

Isso tudo comprova que apesar do esforço nacional em distribuir melhor a renda e acrescentar os postos de trabalho, não tem sido satisfatórios, tanto que muitas pessoas ainda são simplesmente iludidas e escravizadas. Do mesmo modo, os esforços do Brasil para erradicar o trabalho escravo ainda estão distante do acreditado, motivo pelo qual pode ser ele considerado um país de desiguais e excluídos, de intransigência e despreocupação com a dignidade do homem ou com os direitos fundamentais que lhe são assegurados.

E foi exatamente tentando transformar essa opinião que, a despeito dos avanços alcançados com o primeiro plano de erradicação do trabalho escravo, é que o Brasil adotou as metas impostas pelo 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

Conforme a Organização Internacional do Trabalho, o trabalho escravo é aquele desempenhado de forma humilhante, mas é preciso advertir que nem todo o trabalho degradante é também reconhecido como escravo, na medida em que a experiência desse último inflige a privação de liberdade. Nesses termos, considerando a ausência de liberdade, ao tratar do trabalho escravo, fala-se, principalmente, da injúria que ele representa aos direitos humanos básicos.

Pode-se dizer que sobre a sigla “trabalho escravo”, estão abrangidas uma grande multiplicidade de transgressões aos direitos humanos, entendendo-se, pois, que ela não se alude exclusivamente à escravidão tradicional e ao tráfico de pessoas, mas está também relacionada à venda de crianças; à prostituição, pornografia e exploração do trabalho infantil, à sujeição por dívida, à exploração de prostituição, dentre outras modalidades do que hoje em dia se nomeia formas contemporâneas de escravidão.

³³⁹ OIT. Organização Internacional do Trabalho (2008). **O trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamotofinal.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 01.

Destarte, em sendo a escravidão uma forma de sujeição onde o ser humano e/ou sua energia de trabalho é vista como domínio de outra pessoa, de modo que o escravo, por não ser considerado um ser humano, não possui nenhum direito e não tem considerada a sua dignidade.

A escravidão moderna, em qualquer de suas modalidades, desperta grande interesse da comunidade internacional e se torna um problema de Estado, cujo encargo abrange não apenas o seu combate e erradicação, mas, principalmente, o apoio às vítimas e o desenvolvimento de políticas públicas de inclusão social e no mercado de trabalho, pois disso estará sujeita a higidez da ordem social e econômica de cada país.

Então, completamente notório que a escravidão é conflitante com o exercício de um contrato de trabalho formal ou informal, onde sejam reverenciados os direitos e obrigações a ele fundamentais e, também, viola o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, por se compor em uma forma de exploração do trabalho, inteiramente ofensiva aos direitos fundamentais do homem.

Além disso, a escravidão tradicional, antigamente praticada no Brasil, não pode ser confundida com a escravidão atual, não apenas porque esta antevê mais modalidades, mas, sobretudo, porque as peculiaridades existentes entre elas em muito se distinguem. Tanto que apareceram críticas sobre a expressão “trabalho escravo” como forma de definir esse fenômeno atualizado.

E somente para se finalizar o entendimento sobre da liberdade, cita-se o seguinte princípio de Norberto Bobbio,

Hoje, depois desse variado desenvolvimento da teoria política da liberdade, quando expomos que o ser humano é livre, no sentido de que deve ser livre ou deve ser protegido e beneficiado na extensão da sua liberdade, entendem-se estas três coisas.

1) todo ser humano deve ter algum campo de atividade pessoal protegida contra as interferências de qualquer poder externo, em especial do poder estatal: exemplo característico é a esfera da vida religiosa, que é consignada à jurisdição da consciência individual.

2) todo ser humano deve participar de modo direto ou indireto da formação das normas que deverão regular sua conduta naquela esfera que não está reservada ao comando exclusivo da sua jurisdição individual.

3) todo ser humano deve ter o poder real de exprimir em comportamentos concretos os comportamentos abstratos antevistos pelas normas constitucionais que conferem este ou aquele direito e, assim sendo, deve possuir ele próprio, ou como quota de uma propriedade coletiva, bens suficientes para uma vida íntegra. Em resumo, a imagem do homem livre apresenta-se como a imagem do homem que não deve tudo ao Estado

porque sempre aprecia a organização estatal como um instrumental e não como um extremo; participa inteiramente da vida do Estado, ou seja, da formação da chamada vontade geral; tem poder econômico suficiente para atender algumas exigências fundamentais da vida material e espiritual, sem as quais a primeira liberdade é abandonada, a segunda é inútil³⁴⁰.

Deste modo, é manifesto que a escravidão é vetada universal e regionalmente por meio das normas de proteção aos direitos humanos, que ficam a cargo da Organização das Nações Unidas, das organizações regionais como a Organização dos Estados Americanos e de instituições privadas como a Organização Internacional do Trabalho.

Portanto, além dos títulos acima aludidos, ainda cabe citar que hoje em dia várias medidas vêm sendo tomadas pelas organizações e instituições internacionais que, em parceria com os Estados, pretendam erradicar todas as espécies de escravidão moderna como ainda permitir o desenvolvimento de um trabalho digno a toda pessoa humana.

7.5 Sendas abertas aos novos paradigmas

Com a adoção do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, difundido pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 11 de março de 2003, que foi formado por uma comissão especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, instituída em janeiro de 2002, foram agrupadas 76 medidas a serem tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, por entidades e organizações civis e pela própria Organização do Trabalho - OIT, na luta e erradicação do trabalho escravo no território brasileiro³⁴¹.

Independente de não ter sido completamente implementado, o Plano trouxe intensos progressos no combate à escravidão moderna que, coligados a maior atuação de diversas entidades governamentais e não governamentais, a exemplo da Comissão Pastoral da Terra e de muitos voluntários, executando políticas de

³⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.490.

³⁴¹ OIT. Organização Internacional do Trabalho (2008). **O trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamotofinal.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 03.

repressão e prevenção a essa técnica, o relatório divulgado pela Organização Internacional do Trabalho - OIT afirma que:

As entidades governamentais e não governamentais fazem jus ao reconhecimento por desenvolverem na sensibilização e capacitação de agentes para o combate a esse exercício e na conscientização de trabalhadores pelos seus direitos, o que pode ser verificado pela porcentagem de metas cumpridas e, também, metas cumpridas parcialmente (77,7%) do plano³⁴².

Com o lançamento do 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, que foi determinado pela CONATRAE - Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, acatada em 17 de abril de 2008, Paulo Vanuchi Ministro Especial da Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, enfatiza que:

o país pode se orgulhar do reconhecimento internacional que alcançou a respeito dos progressos obtidos nessa área: 68,4% das metas estipuladas pelo Plano Nacional foram alcançadas, total ou parcialmente, segundo avaliação realizada pela Organização Internacional do Trabalho - OIT. Para se quantificar esse progresso, registre-se que entre 1995 e 2002 haviam sido livradas 5.893 pessoas, ao passo que, entre 2003 e 2007, 19.927 trabalhadores em condições análogas à escravidão foram libertados dessa condição desprezível pelo audacioso e perseverante trabalho do Grupo Especial de Fiscalização Móvel sediado, no Ministério do Trabalho. Num balanço geral, verifica-se que o Brasil marchou de forma mais concreta no que diz respeito à fiscalização e capacitação de atores para o combate ao trabalho escravo, bem como na conscientização dos trabalhadores sobre os seus direitos³⁴³.

Uma das metas acolhidas e que representaram importante papel nos saldos positivos proporcionados foi a criação de um grupo exclusivo de fiscalização móvel, do Ministério do Trabalho e Emprego, que após o recebimento de denúncias, fiscaliza as fazendas e confirmando a existência de trabalho bárbaro e humilhante, liberta os trabalhadores cativos.

No Judiciário, houve o acrescentamento das ações civis públicas avaliadas e distintas outras ações já sujeitaram empresários que se aproveitavam do trabalho escravo a pagar grandes quantias a título de verbas trabalhistas e ressarcimentos a esses trabalhadores. Entretanto, as decisões judiciais condenatórias ainda são insuficientes e acanhadas, diante da gravidade do problema e, principalmente, no

³⁴² SAKAMOTO, Leonardo. **Abolida a escravidão Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil:** Contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Ufrj, 2008, p.99.

³⁴³ Ibidem, p.100.

que tange à esfera criminal, acabam não sendo efetiva, situação essa que contribui para a impunidade do crime.

Além disso, houve a criação de uma 'lista suja', que deve ser divulgada a cada seis meses pelo Ministério do Trabalho, que cita os nomes dos empresários de terras que empregam mão de obra escrava em suas propriedades cuja medida repressiva máxima é não só a exibição de seus nomes como também a represália e constrangimento econômico que sofrem, em particular das mais de 70 empresas nacionais e multinacionais, signatárias do Pacto Nacional contra o Trabalho Escravo, que se empenharam em não adquirir produtos de empresas cujos nomes aparecerem naquela lista, como forma de retaliação e sujeição econômica.

A modificação da legislação interna, bem como a concepção de novas leis, objetivando afiançar o fim da impunidade ainda existente, com a prisão dos envolvidos e a adoção de comedimentos mais ativos, com a expropriação de suas fazendas por não atenderem ao fim social a que se designam ou a extinção de investimentos públicos, também são providências imprescindíveis à repressão e até vigilância da escravidão contemporânea.

Outra proveitosa modificação legislativa foi conferir à Justiça Federal a jurisdição para processar, apreciar e responsabilizar os autores de crimes relacionados com o trabalho escravo.

Por fim, a título de ilustração, citam-se as medidas de erradicação recomendadas pelo relatório da OIT: as medidas que incluem na estrutura e recursos humanos indicam o aumento dos recursos financeiros aos órgãos e entidades envolvidas no combate ao trabalho escravo, realizar concursos para contratação de servidores públicos e melhorar a integração das entidades envolvidas, o que se fará principalmente com a criação de um núcleo que chame para si a responsabilidade e acompanhamento da ação dos agentes envolvidos; as que se referem à legislação sugerem mudanças legislativas e da alçada para o julgamento desses crimes.

No tocante à informação, recomenda que seja mudado o enfoque de sensibilização e formação a fim de abranger o maior número de pessoas possíveis; as relacionadas coerções recomendam o reforço da fiscalização e a manutenção e o alargamento da lista suja como arma para o trabalho escravo. Por fim, em termos de

reinserção e prevenção, recomenda a implantação de um plano de vigilância ao trabalho escravo, por meio da realização de ações unificadas e a inclusão de projetos de geração de emprego e rendas vinculada às áreas de elevada incidência de aliciamento.

Outra proposta que poderia ser considerada e de fácil implementação, seria o corte de crédito oficial fornecido por instituições bancárias para empresas que concordem com a mão de obra em discordância com a legislação trabalhista e aos direitos humanos fundamentais.

A implementação dessas propostas não apenas contribuirá com a erradicação do trabalho escravo no Brasil, como ainda proporcionarão melhores e maiores garantias de proteção aos direitos humanos de primeira geração, assim percebidos aqueles que garantem a liberdade individual e aos de segunda geração, consistentes nos direitos sociais que se consubstanciam nos direitos trabalhistas característicos.

No segundo plano de erradicação do trabalho escravo, os combates a serem executados pelos distintos poderes, órgãos e sociedade, foram decompostos em cinco espécies, sejam elas, ações gerais; ações de enfrentamento e repressão, ações de reinserção e prevenção; ações de informação e capacitação e ações específicas de repressão econômica.

Dentre as ações gerais, estão previstas a manutenção da erradicação do trabalho escravo atual como primazia do Estado brasileiro; o estabelecimento de estratégias de atuação operacional em relação às ações defensivas dos órgãos do Executivo, do Ministério Público e da sociedade civil com a finalidade de acabar com o trabalho escravo; a criação de estratégias de ação integrada em relação às atuações condenatórias dos órgãos do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público, com o objetivo de erradicar o trabalho escravo, a manutenção do programa de erradicação do trabalho escravo como programa estratégico e prioritário nos níveis plurianuais nacional e estadual, a priorização dos processos e alcances concernentes a trabalho escravo nas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego - TEM, no Ministério Público do Trabalho, na Justiça do Trabalho, no

Departamento de Polícia Federal, no Ministério Público Federal e na Justiça Federal³⁴⁴.

Além disso, entre as ações gerais, foram previstas a adesão da PEC 438/2001, como relatório da PEC 232/1995, que induz o artigo 243 da Constituição Federal e discorre sobre a expropriação de terras onde forem descobertos trabalhadores restringidos a condição equivalentes a de escravos, a criação e manutenção de uma base de dados que agrupe informações dos principais agentes envolvidos no combate ao trabalho escravo para auxiliar em atuações de prevenção e contenção e na elaboração de leis, sistematizar o intercâmbio de informações relevantes ao trabalho escravo, instituir um grupo executivo de erradicação do trabalho escravo, como órgão operacional ligado à CONATRAE, destinando-lhe orçamento para o seu desempenho, monitorar o implemento do termo de solução amistosa assinado pelo governo brasileiro junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA, Controlar a execução desse termo de solução amistosa, estimular e apoiar a prática de planos estaduais e municipais para erradicação do trabalho escravo, amparando e acompanhando a execução das ações e o trabalho das comissões estaduais e municipais para erradicação do trabalho escravo e ditar as suas atividades com as da esfera federal³⁴⁵.

Enfim, entre as ações gerais estão a concepção e implantação das estruturas de atendimento jurídico e social aos trabalhadores estrangeiros em situação legal e ilegal em território brasileiro; induzir o estatuto do estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980) para afiançar a regularização gratuita dos trabalhadores imigrantes descobertos na situação de trabalho escravo e degradante em território nacional, fazer diagnósticos sobre a situação do trabalho escravo atual, deliberar e monitorar indicadores de execução de ajustes de combate ao trabalho escravo, como o plano nacional de erradicação, mas , além disso, de planos estaduais e outros ligados a órgãos dos três poderes, com periodicidade anual.

Entre as ações de enfrentamento e repressão, estão previstos: disponibilizar grupos de fiscalização móvel nacionais e regionais em número satisfatório para

³⁴⁴ OIT. Organização Internacional do Trabalho (2008). **O trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamotofinal.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 05.

³⁴⁵ Ibidem, p.6.

acolher as denúncias e questões do planejamento anual da inspeção, conservar a disposição do Grupo Móvel de Fiscalização apropriada, estrutura logística, como veículos e material de informática e de comunicação, no intento de garantir a execução das atividades, expandir a fiscalização prévia sem necessidade de denúncia locais com elevados índices de incidência de trabalho escravo, realizar concurso constantemente para a carreira de Auditores Fiscais do Trabalho, visando a manutenção das vagas existentes, com destinação regular para atuação no combate ao trabalho escravo, investir na formação/capacitação dos Auditores Fiscais do Trabalho, de Policiais Federais, Policiais Rodoviários Federais, Fiscais do IBAMA, Procuradores do Trabalho e Procuradores da República, para o cumprimento das atividades de Polícia Judiciária pela Polícia Federal no combate ao trabalho escravo, disponibilizar permanentemente, em cada equipe de fiscalização, um Delegado e os agentes indispensáveis.

Fica constituída a garantia de recursos orçamentários para custeamento de diárias e locomoção dos Delegados, Agentes Policiais Federais e Policiais Rodoviários Federais e seus respectivos ajudantes, de modo a viabilizar a participação do Ministério da Justiça, o Departamento da Polícia Federal e Departamento da Polícia Rodoviária Federal, nas atividades de inspeção de trabalho escravo, nomear projeto de emenda constitucional para fortalecer a conexão entre as ações da Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal como instituições habilitadas a elevar indicativo de trabalho escravo para doutrinar ações penais, trabalhistas e civis, acatando as aptidões estabelecidas em lei, desenvolver junto à Polícia Rodoviária Federal e Ministério do Desenvolvimento programas de fiscalização nos eixos de transporte irregular e de aliciamento de trabalhadores, decretando a regularização da situação dos veículos e conduzindo os trabalhadores ao Ministério do Trabalho e Emprego para regularizar as condições de contratação do trabalho.

Citam-se, ainda, a realização de concursos públicos para a Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal, para os cargos de agente e Delegado, destinando vagas em número suficientemente para as ações do Grupo Móvel de Fiscalização, reforçar as estruturas físicas e de pessoal do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal, buscando o combate ao trabalho escravo e ao aliciamento de trabalhadores. Procurar o encaminhamento e aprovação dos Projetos de Lei que

instituem cargos de procuradores e servidores para as instituições, garantir soluções orçamentários e financeiros para custeamento de diárias e locomoção dos Procuradores do Trabalho e dos Procuradores da República e seus respectivos assistentes, de forma a viabilizar a participação do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal em todas as atividades de fiscalização de trabalho escravo, com a finalidade de dar agilidade aos procedimentos dedicados à adoção das medidas administrativas e judiciais oportunas, efetivar a interiorização do Ministério Público do Trabalho, do Ministério Público Federal, da Justiça do Trabalho, da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal.

Entre as atuações de informação e capacitação, instituir uma campanha nacional de conscientização e sensibilização para erradicação do trabalho escravo, com a promoção de discussões sobre o assunto nas universidades, no Poder Judiciário e Ministério Público; instigar a produção, reprodução e exposição de literatura básica, técnica ou científica sobre trabalho escravo, como literatura de referência para capacitação das instituições parceiras; criar a mídia comunitária, local, regional e nacional, incentivando a presença do tema do trabalho escravo contemporâneo nos veículos de comunicação; alertar os trabalhadores sobre seus direitos e sobre os riscos de se tornarem escravos, por meio de campanhas de informação governamentais e da sociedade civil que alcancem diretamente a população em risco ou por intermédio da mídia, com evidência nos veículos de comunicação local e comunitária, requerer a conscientização e habilitação de todos os agentes envolvidos na erradicação do trabalho escravo que não estejam engajados na ação 20; buscar aprovação no Codefat de resolução para destinação de fundos para capacitação profissional de trabalhadores rurais e de povos e comunidades tradicionais, como medida preventiva ao trabalho escravo, implementar os meios profissionais e empresariais a adotar projetos voltados para a sensibilização e capacitação dos seus integrantes, visando sua pronta adequação às regras trabalhistas vigentes no Brasil; expandir campanhas de informação sobre a promoção do trabalho decente e sobre o implemento da legislação trabalhista, volvidas aos produtores rurais e povos e comunidades tradicionais; operar nas rodovias e estradas federais, hidrovias e ferrovias em campanhas para identificar propriedades ou veículos de transporte com trabalhadores escravos, visando

melhorar os mecanismos de denúncia de trabalho escravo e tráfico de seres humanos.

Por fim, entre as ações características de repressão econômica, foram relacionadas: conservar a divulgação sistemática do cadastro de empregadores que usaram mão de obra escrava em mídia de maior alcance e rádios comunitárias e estimular sua busca para os fins destinados; proteger judicialmente a constitucionalidade do Cadastro de Empregadores que tenham utilizado trabalhadores em condições análogas a de escravo; ampliar ao setor bancário privado a suspensão de crédito aos incluídos no cadastro de empregadores que utilizaram mão de obra escrava; conservar a proibição de acesso ao crédito nas instituições financeiras públicas; atuar para extinguir o trabalho escravo da economia brasileira através de ações junto a fornecedores e clientes; incentivar o desenvolvimento do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, com o monitoramento das empresas signatárias e a realização recorrente de estudos de cadeias produtivas em que haja recorrência de trabalho escravo.

Mas de tudo o que descrito, se verifica que se faz necessário, sobretudo, aumentar os recursos humanos, já que um maior número de pessoas indubitavelmente promoverá a execução das metas, principalmente no que tange à fiscalização e prevenção da escravidão, incluindo-se aqui não só o aumento do efetivo da polícia federal e das equipes móveis de fiscalização, como ainda a ampliação do número de Procuradores do Trabalho, Procuradores da República, Juízes, Auditores, fiscais, dentre outros, cujos postos sejam inteiramente relacionadas com o tema tratado.

Mas sendo a escravidão moderna um problema também social, causado pela extrema miséria e exclusão social em que vive parte da população, aliadas ao terrível índice de desemprego e, por conseguinte, excessivo de mão de obra, é imprescindível o desenvolvimento de políticas públicas de prevenção, de geração de emprego e renda e até uma reforma agrária eficaz, que impeça a saída dos trabalhadores para outros locais.

É preciso que se ampliem políticas de reinserção dos trabalhadores libertos ao mercado de trabalho, onde possam trabalhar com dignidade, oferecendo sua força de trabalho e recebendo o justo salário por sua dedicação, sem exploração e privação de sua liberdade, haja vista que a sua sustentação no desemprego faz com

que sejam alvos fáceis de novos aliciamentos, quem sabe, a única possibilidade de 'inclusão' que lhes é apresentada.

Certamente, ainda há muito a ser feito para que a escravidão contemporânea, pelo trabalho, seja eliminada no Brasil e muitas sugestões podem ser oferecidas a esse respeito, iniciando-se com a necessidade da total execução do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

Faz-se necessário também ampliar os recursos humanos, já que um maior número de pessoas incontestavelmente promoverá a execução das metas, mormente no que diz respeito à fiscalização e prevenção da escravidão, incluindo-se aqui não só o aumento do efetivo da polícia federal e das equipes móveis de fiscalização, como também a ampliação do número de Procuradores do Trabalho, Procuradores da República, Juízes, Auditores, Fiscais, dentre outros, cujas funções estejam diretamente relacionadas com a temática aqui tratada.

Outra importante contribuição seria a maior agilização, por parte do Congresso Nacional, no sentido de elaboração e alteração de leis e, especialmente, na liberação de emendas orçamentárias que disponibilizem recursos para o efetivo combate e prevenção à escravidão.

Finalmente, cumpre analisar o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário em face da implementação dos direitos humanos no país.

É fato notório que cabe ao Estado a realização do bem comum e para atingir tal fim é necessário que ele respeite e proteja o indivíduo, fim último do direito, garantindo-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e, sobretudo, a efetivação de seus direitos fundamentais.

Dessa maneira, pode-se dizer que o Poder Executivo deve tomar medidas eficazes para o cumprimento da legislação interna e tratados de direitos humanos, sobretudo no que diz respeito à erradicação da escravidão contemporânea no território brasileiro; ao Legislativo cumpre a regulamentação desses tratados e a sua harmonização com as normas internas, bem como a edição de novas leis garantidoras da efetiva aplicação dos direitos humanos e punição de seus violadores e, ao Judiciário, cabe aplicar as normas relativas aos direitos humanos, estejam elas previstas na legislação nacional ou internacional, nesse último caso, de acordo com as limitações estabelecidas pelo ordenamento jurídico pátrio, garantindo que a

impunidade não sirva como estímulo para outras de descumprimento e violação de tais normas.

No Brasil, verifica-se que o Poder Judiciário tem sido tímido em suas decisões, relativas à punição civil, penal e trabalhista dos envolvidos na prática da escravidão em tempos atuais. Essa vergonha, muitas vezes confundida com impunidade, faz com que atos de violação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano, sobretudo a escravidão de hoje, em qualquer de suas modalidades, fique ao desamparo e geram no cidadão a sensação de injustiça.

Exemplo disso é o fato de que a maior parte das decisões trabalhistas limita-se à condenação dos empregadores realizarem o pagamento das verbas trabalhistas corretas aos empregados, e que lhe foram suprimidas durante a relação laboral.

Outras decisões deixam de punir aqueles que exploram o trabalhador, em regime de escravidão contemporânea, com o débil argumento de que para que haja a escravidão, faz-se necessária a privação da liberdade de ir e vir.

Esse entendimento não é verdadeiro, pois como foram aludidas no transcorrer da presente dissertação, as formas contemporâneas de escravidão não incidem somente na privação de liberdade, mas em todas as modalidades de exercício de trabalho, que inflijam o desrespeito à dignidade humana, sendo esse entendimento muito mais abrangente e, portanto, envolvendo a ideia de privação da liberdade de ir e vir.

Um exemplo são os episódios do crime de tráfico de pessoas humanas e lenocínio que podem corresponder à condição equivalente à de escravo, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, abusado sexualmente e, para tanto, analisado uma das modalidades de escravidão contemporânea, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

No entanto, não possui o Judiciário Trabalhista a competência para julgar os crimes decorrentes no exercício da escravidão atual, já que, pela sistemática jurídica seguida no Brasil, esses crimes devem ser julgados pela Justiça Federal. Muitos doutrinadores, opostos a esse critério de competência, defendem que os interesses do trabalhador seriam mais bem acolhidos caso facultasse também a Justiça laboral defender seus direitos na esfera criminal, mas esse aspecto não será debatido na

presente tese, que se limita somente a fazer uma concisa análise do comportamento do Judiciário diante do combate e erradicação da escravidão contemporânea em território nacional.

Em observar competência do Judiciário Federal, vê-se que nem mesmo ele tem impetrado alcançar o objetivo de implementação dos direitos humanos que são transgredidos pela prática da escravidão moderna, muitas vezes, limitando-se a julgar os casos que lhe são apresentados, como meros problemas internos, quando em verdade já são reconhecidos pela Convenção de Roma como verdadeiros crimes contra a humanidade³⁴⁶.

Exatamente assim, precisariam ser tratados: como crimes contra a humanidade. Verifica-se das decisões que a maior parte delas continua enraizada aos conceitos internos e legislação verde-amarela, quando há uma gigantesca gama de tratados e atos internacionais, também abrangida como normas de proteção aos direitos humanos e à dignidade e que podem perfeitamente ser.

E, de acordo com o sistema recursal, hoje existem no país diversos casos que se perdem no caminho, que leva aos Tribunais superiores a impunidade, e a injustiça se eternizam ainda mais, porque devido à morosidade do Judiciário, os empregados que antes foram escravizados pelo seu trabalho, agora continuam escravos de uma decisão célere que busque e evidencie a sua dignidade e que lhe dê condições de se recolocar no mercado de trabalho.

O Estado democrático de direito não mais tolera uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário. Este deixou de ser um poder distanciado do fato social, para tornar-se um efetivo participante da construção dos destinos da sociedade e do país³⁴⁷.

E nem podia ser diferente, pois a legitimação e independência do Judiciário se constroem justamente através da atuação íntegra e eficaz que se expressa através da observância estrita da Constituição Federal, das normas internacionais e da garantia de que todos os princípios do Estado constitucional de direito deverão ser observados por todos.

³⁴⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed., 8ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, p.100.

³⁴⁷ ROSENVALD, Nelson: **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.272.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, enfocou-se a escravidão contemporânea no intuito de evidenciar que a escravidão é uma chaga ainda existente no mundo e no território nacional. Demonstrou-se que, não obstante os inúmeros empenhos dispensados pelo Brasil, ainda faz-se necessário que muito envolvimento seja feito para que o Estado desempenhe o seu dever de promoção e proteção dos direitos humanos, sobretudo no que toca à total erradicação do trabalho escravo contemporâneo e promoção da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho.

É preciso advertir que a prestação de direitos fundamentais e sociais não é uma doação ou simples favor a ser efetivado pelo Estado. Trata-se de obrigação constitucional na qual a entidade estatal está vinculada a proporcionar.

Isso porque, os aparelhos constitucionais que discutem os direitos sociais são dotados de normatividade jurídica, não obstante o seu conteúdo programático e a sua eficiência jurídica restringida, o que significa inexistirem simples aconselhamentos no seio da Constituição Federal.

Na matéria neoconstitucionalista, o Judiciário deixou de ser um simples aplicador mecânico da lei e passou a adquirir uma função de agente transformador da realidade social, desde que seus atos permaneçam em harmonia com os valores constitucionais; e é diante dessa nova realidade que deve ser explicada hodiernamente a teoria da separação dos poderes estatais.

A judicialização é assunto de destaque no panorama jurídico brasileiro dos últimos anos. Embora interligados, são prodígios distintos. Ela deriva do modelo de Constituição analítica e do sistema de domínio de constitucionalidade operante adotados no Brasil, que permitem que alterações de largo contorno político e moral sejam apresentadas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer que a judicialização não procede da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma atitude do intérprete, um modo proativo e expansivo de decodificar a Constituição, potencializando a definição e abrangência de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para aprimorar, de passar o processo político majoritário quando ele se mostrar inerte, intransigente ou impossibilitado de produzir acordo. Os riscos da judicialização e,

principalmente, do ativismo submergem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a carência de capacidade institucional do Judiciário para deliberar apuradas matérias.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não ser eleitos, se enfraquecem na medida em que juízes e conselhos se fixem à aplicação da Constituição e das regras. Não agem eles por pretensão política, mas como representantes indiretos da aspiração popular.

É correto dizer que, perante as cláusulas constitucionais acessíveis, como a dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, o poder criativo do intérprete judicial se desenvolve a um nível quase normativo. Contudo, Existindo manifestação do legislador, havendo lei apropriada concretizada pelo Congresso, materializando uma norma constitucional ou dispondo sobre questão de sua jurisdição, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Em outros termos, em meio a diversas probabilidades imagináveis de explicar a Constituição, as escolhas do legislador devem predominar, por ser ele quem atém o batismo do voto popular.

Os riscos da politização da justiça, principalmente da justiça constitucional, não podem ser completamente suprimidos.

A Constituição é, justamente, o documento que modifica o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interconexão entre dois campos dá à explicação constitucional uma inabalável dimensão política. Nada obstante a isso, ela constitui uma função jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, necessitando respeito à dogmática jurídica, aos títulos de interpretação e aos precedentes. Um segmento constitucional não deve ser ofuscado ou apático às sequelas políticas de suas decisões, até mesmo para evitar resultados errados ou prejudiciais ao bem comum ou aos Direitos Fundamentais. Mas apenas pode agir dentro das perspectivas e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

No que toca à capacidade institucional e aos resultados sistêmicos, o Judiciário carecerá averiguar se, em relação à matéria ajustada, outro Poder, órgão ou entidade não teria maior qualificação para deliberar. Por exemplo: o projeto de uma estrada, o evento ou não de reunião econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são demandas que abrangem conhecimento peculiar e

discrecionalidade técnica. Em temas como esses, em princípio, a posição do Judiciário precisará ser a de consideração para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que tenham razoabilidade e sejam observados os procedimentos apropriados.

Naturalmente, se houver um Direito Fundamental sendo vulnerada ou aberta ofensa a alguma outra norma constitucional, a situação se altera. Acatamento não denota abdicação de competência.

Em resumo, o Judiciário é o protetor da Constituição e precisa promover meios para prevalecer, em nome dos Direitos Fundamentais e dos valores e métodos democráticos, até mesmo em face dos outros Poderes. Eventual desempenho contramajoritária, nessas conjecturas, se dará em favor, e não contrária à democracia. Nas demais posições, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal precisarão honrar escolhas legítimas perpetradas pelo legislador, ser distintos para com o exercício presumível de discrecionalidade técnica pelo administrador, como também disseminar uma cultura de acatamento aos precedentes, o que contribui para a probidade, segurança jurídica, isonomia e eficácia do sistema.

A ampliação do Judiciário jamais poderá tirar a atenção da concreta disfunção que angustia a democracia do Brasil, como é o caso da crise de representatividade, legalidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Porquanto, o Brasil necessita de reforma política. E essa reforma não é facultada e nem pode ser arquitetada por juízes.

Esse trabalho evidenciou também que, o direito internacional conjugado com o direito interno possui elementos eficazes no combate e erradicação do trabalho escravo contemporâneo, mas que não têm sido observados e/ou colocados em prática pelo Estado brasileiro, ainda sendo muito grande os casos de impunidade aos escravagistas e aliciadores, o que estimula a continuidade da prática da escravidão.

As atitudes tomadas pelo governo brasileiro para a promoção e efetivação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, nas relações laborais, são bastante tímidas, senão ineficientes para assegurar ao trabalhador excluído que

tenha efetivamente condições de exercer uma atividade laboral de maneira digna, sem ser explorado pelo empregador.

Além disso, as políticas de repressão ao trabalho escravo encontram-se em dissonância com a legislação interna vigente, que necessita urgentemente de uma revisão e de um endurecimento na punição de crimes que tenham como essência a violação dos direitos humanos. Mas, Como observado no transcorrer do trabalho, essa renovação legislativa ainda tropeça na burocracia e nos interesses individuais, fazendo com que projetos de suma importância, a exemplo do projeto de emenda à Constituição Federal para a expropriação de terras dos escravagistas permaneçam completamente inertes, à espera de apreciação e aprovação legislativa.

Percebe-se que a legislação interna, seja ela constitucional ou infraconstitucional, não consegue acompanhar a dinâmica do direito internacional, que sempre à frente, traz as medidas que devem ser tomadas pelos diversos Estados para a concretização dos direitos humanos dentro de cada território, mas que no caso brasileiro dependem de incorporação ao ordenamento, apesar da louvável tentativa de dar-lhes aplicação imediata com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2001, que dá aplicabilidade imediata aos tratados que versam sobre direitos humanos que forem ratificados pelo Brasil.

Com base em tais estudos, pode-se responder a problemática desta dissertação, dizendo que, sem dúvida alguma, a escravidão contemporânea, em qualquer de suas modalidades, é uma verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho e, considerando a hipossuficiência do trabalhador, não há dúvidas de que deve ser protegida e prevenida pelo direito brasileiro e pelo aparato internacional de proteção aos direitos humanos.

Tanto no direito interno brasileiro quanto no direito internacional, há normas de proteção aos direitos humanos, algumas delas dirigindo-se especificamente à escravidão contemporânea, que podem ser utilizadas como forma de prevenção ao trabalhador.

Como dito, tais normas devem ser empregadas em conjunto para fortalecer não somente a atuação do Estado, mas, sobretudo, prover fundamentos concretos que marchem no sentido do desarraigamento das formas atuais de escravidão. Isso

acontece porque ambos têm regras que solidificam a ideia de cidadania do trabalhador e, especialmente, dão ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deve existir em todas as relações humanas, incondicionalmente.

Portanto, é necessário que o Brasil intensifique a sua participação nas regiões onde o trabalho escravo contemporâneo é mais disseminado, visando pôr fim à estrutura mantida pelos empresários que utilizam dessa espécie de mão de obra. Deve o país buscar a participação efetiva de organismos internacionais, na vigilância de pessoas, instituições e empresas que lucram com a exploração do trabalho escravo e com isso desenvolver barreiras comerciais aos produtos que forem por eles comercializados.

Outra medida eficaz na erradicação do trabalho escravo contemporâneo, talvez seja a desapropriação das propriedades em que forem encontrados trabalhadores escravizados e a não concessão de investimentos públicos solicitados pelos atuais escravagistas, para que o dinheiro público não acabe patrocinando essa prática em nosso território.

Mas, acima de tudo, é preciso 'incluir' todas as pessoas, tornando-as efetivas cidadãs de um Estado Democrático de Direito, o que se fará com a implantação de condições sociais para um desenvolvimento sustentável, com investimentos em educação, saúde e a criação de novos postos de emprego a fim de que deixem de ser vítimas desse tipo de crime e se vejam respeitadas em sua dignidade, já que somente a realização plena dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados, é capaz de devolver cidadania a cada pessoa no desenvolvimento de suas atividades laborais e, através delas, dar-lhes a emancipação que precisa para fazer cumprir os demais direitos que lhe são assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCORFORADO, Fernando. **Globalização**. São Paulo: Nobel, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANAMATRA. **Enunciado nº. 4**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Teoria Geral dos Contratos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.198-199. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dsce/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%E7%E3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.sequence=1> . Acesso em 20/03/2016.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2 ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia **jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In: CABONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed., Rio de Janeiro: 2001.

ARISTÓTELES. Política. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AZEVEDO, Vilhaça Álvaro. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOSA, Arnaldo Afonso. A Justiça no Direito de Empresa. **Revista** da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcel Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho.** São Paulo: LTr., 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr., 2005.

BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos:** estudos sobre a moderna teoria geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BARROSO, Lucas Abreu. **Direito Civil:** direito dos contratos. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BERCOVICI, G. **Desigualdades regionais,** estado e constituição. São Paulo: Max LIMONAD, 2003.

BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. **Direitos Humanos:** A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012.

BRASIL. **Direitos Humanos**: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. - Brasília: SEDH, c 2010b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: Direitos humanos**. Brasília: Senado, 2013.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Direito Civil**: direito dos contratos. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo**: un análisis metateórico. In: Carbonell, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: juspodivm, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Disponível em: <http://www.aems.edu.br/conexao/edicaanterior/2013/downloads/2013/3/33.pdf>. Acesso em 21 de mar de 2016.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina (2007), p.788. <https://www.passei.com/arquivo/44109/teoria-geral-dos-direitos-fundamentais-/10>. Acesso em 20 de outubro de 2015

CARBONELL, Miguel. **Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo-Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dsce/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%E7%E3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1> . Acesso em 15/03/2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-Modernidade**: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil. São Paulo: LTr., 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14, n. 54. São Paulo: RT, jan/mar 2006.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 2 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed., rev., atual, São Paulo: 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

DELEUZE, Gilles. Foucault. TRad. Cláudia Sant'Anna Martins. 1. ed. e 7. reim., São Paulo: Brasiliense, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr., 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr., 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro; Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3

_____. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DODGE, Rachel Elias Ferreira. **Fórum social mundial**: Anais da oficina trabalho escravo – uma chaga aberta. Brasília: OIT, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011.

FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. **Globalização do trabalho**: rua sem saída. São Paulo: LTr, 2010.

FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos Atípicos**: legislação, doutrina e jurisprudência. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREDIANI, Yoni. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Manole, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GAVA, Rodrigo. **Ricos e mendazes**: o dilema das cláusulas sociais nas relações multilaterais de comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2008, p.35.

GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Contratos**. 23. Ed., atual e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Questionário sobre a guarda de criança e adolescente (2010)**. <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/536691/questionamentos-sobre-a-guarda-de-crianca-e-adolescente>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

IANNI, OTÁVIO. **A era do globalismo**. 10ª edição, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009.

JUS, Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10609962/artigo-68-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em 24 de agosto de 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Direito Civil**: direito dos contratos. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

LEARY, Virginia A. **A globalização e os direitos humanos**. Direitos humanos: novas dimensões e desafios. 2003.

LIMA, Taísa Maria Macena de. **Função Social e Principiologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003.

LIMA, Francisco M. Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: Editora Ltr, 1994.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MANUS, PEDRO P. TEIXEIRA. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 2001

MÁRQUEZ, Hernainz apud RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª edição. São Paulo: editora LTr, 2000
 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, reimpressão 2000.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 9 ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Flávio Alves: **A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo: LTr., 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho. 18. ed., rev. e atual., São Paulo: LTr., 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra: 2004.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Regis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito:** Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OHLWEILER, Leonel Pires. Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica. O exemplo privilegiado do direito administrativo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática, Porto Alegre, n.º 3, p. 129-164, 2005.

OIT. Organização Internacional do Trabalho (2008). **O trabalho escravo no Brasil do século XXI.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamotofinal.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:** ideias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 9. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III.** Contratos. Rio de Janeiro – RJ, Forense, 2011.

_____. **Instituições de Direito Civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado y Constitución.** Madrid: Tecnos, 1999. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dsce/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%E7%E3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1>. Acesso em 20/03/2016.

PIEROTH, Boro; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, Brochura, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais.** Porto: Coimbra, 2002.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia.** Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed., 8ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Estudos preliminares do Código Civil.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

REIMANN, Marcos Francisco. **Cidadania e Contratos Atípicos de Trabalho**: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**: Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, Dalton Caldeira. **Cláusula Social**. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROSENVALD, Nelson: **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAKAMOTO, Leonardo. **Abolida a escravidão Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil**: Contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Ufrj, 2008

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial, Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático - Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SIMAO, José Fernando. **Direito Civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu: **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTR, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Ed. Forense Universitária: 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos Direitos**: Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VILLELA, J. B. **Força e Debilidade do Direito**. Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte, v. 11, p. 9-9, 2003.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Civil**: direito dos contratos. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007